ESSAI

SUR

L'EXTENSION DE LA PREUVE

PAR TÉMOINS

DANS LE DROIT MODERNE

THÈSE

POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PAR

Eugène VILLEBRUN

Lauréat de la Faculté

Avocat près la Cour d'Appel

MONTPELLIER

SOCIÉTÉ ANONYME DE L'IMPRIMERIE GÉNÉRALE DU MIDI

—

1909

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534907_0035

ESSAI

SUR

L'EXTENSION DE LA PREUVE PAR TÉMOINS

DANS LE DROIT MODERNE

ESSAI

SUR

L'EXTENSION DE LA PREUVE

PAR TÉMOINS

DANS LE DROIT MODERNE

THÈSE

POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PAR

Eugène VILLEBRUN

Lauréat de la Faculte
Avocat près la Cour d'Appel

ACAD.
DROIT
BIBL.

MONTPELLIER

SOCIÉTÉ ANONYME DE L'IMPRIMERIE GÉNÉRALE DU MIDI

—

1909

UNVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. VIGIÉ, Doyen, Professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

BRÉMOND, Assesseur, Professeur de Droit administratif.

LABORDE, Professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Economie industrielles.

CHARMONT, Professeur de Droit civil

CHAUSSE, Professeur de Droit romain.

VALÉRY, Professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

MARGAT, Professeur de Droit civil.

PERREAU, Professeur de Procédure civile.

MOYE, Professeur de Droit international public.

RIST, Professeur d'Économie politique.

BARTHÉLEMY, agrégé, chargé d'un cours de Droit constitutionnel.

GIFFARD, agrégé, chargé d'un cours d'Histoire du Droit.

MORIN, agrégé chargé d'un cours de Droit civil approfondi.

BRIDREY, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain.

NOGARO, agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique.

ROCHETTE, Secrétaire

GLAIZE, professeur honoraire.

MEMBRES DU JURY :

MM. **CHARMONT**, *Président.*

PERREAU, **MORIN**, } *Assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

MEIS

ESSAI

SUR

L'EXTENSION DE LA PREUVE PAR TÉMOINS

DANS LE DROIT MODERNE

INTRODUCTION

1. L'homme a besoin de certitude; elle est pour lui une condition de vie et de progrès. — 2. La Certitude en général : son caractère subjectif. — 3. Les moyens de l'atteindre sont les modes de preuve. — 4. La preuve directe comprend l'évidence interne et l'évidence externe, et nous procure le plus haut degré de certitude. — 5. La preuve indirecte s'obtient par la déduction et l'induction : la certitude que nous procurent ces méthodes dépend du secours que lui prête notre réflexion et notre sagacité. — 6. La preuve ainsi produite se complète par l'adhésion. — 7. Application de ces principes au droit : le juge utilise l'évidence interne et externe et réserve la déduction à la preuve du droit. — 8. L'induction est le véritable mode de preuve pour les faits; importance particulière du témoignage en justice. — 9. Mais la certitude juridique est inférieure à la certitude philosophique parce qu'elle est obligatoire et qu'elle n'est pas le résultat d'une liberté d'examen. — 10. Ces inconvénients peuvent cependant être atténués : le caractère obligatoire est une nécessité sociale qui entraîne des erreurs judiciaires que l'on peut espérer rendre plus rares en prenant des précautions. — 11. Le second inconvénient s'atténue par suite de l'abandon progressif du système des preuves légales : la jurisprudence s'efforce de donner au juge la liberté de conviction que le Code civil ne lui accorde pas, en facilitant l'admission de la preuve orale. — 12. Ce retour à la preuve testimoniale constitue un progrès.

L'homme se sent fait pour atteindre la certitude, et il la poursuit dans toutes les branches de ses connaissances; quel que soit l'emploi de sa vie, il a le sentiment

d'arriver à la vérité : ce n'est ni une illusion, ni une chimère, mais un besoin essentiel à son existence, une nécessité qu'il rencontre partout et qui marque sa supériorité. Nous ne pourrions en effet vivre et progresser, si nous ne mettions à la base de tout des vérités que notre intelligence a su découvrir et qui nous sont désormais acquises de telle sorte que notre esprit les comprendra toujours. La vie n'est pas faite d'hésitations et de doutes, mais d'une incessante activité, secourue par des principes certains, qui s'appuie sur des règles nettes et précises : or, seule la certitude constitue le fondement assez ferme sur lequel nous puissions partir pour aller de l'avant. C'est, d'ailleurs, ce que l'histoire vérifie; la succession des siècles amène avec elle un plus grand degré de vérité dans l'ensemble et dans chacune des sciences; celle-ci se révèle insensiblement, sous des aspects parfois bien différents, mais toujours dans son unité fondamentale : ce qui est vrai est bien vrai, et le demeure à tout jamais; les systèmes varient selon les époques pour se voir, à tour de rôle, attribuer le triomphe du jour, mais ils ne disparaissent pas sans avoir abreuvé l'homme, si faiblement soit-il, de la parcelle de vérité qu'ils contenaient.

Ainsi l'esprit s'imprègne peu à peu d'une certitude toujours plus grande; il s'empare des conquêtes de la science pour s'en bien pénétrer; à la réalité des faits, correspond chez lui la persuasion de leur existence, car la certitude est essentiellement subjective; elle est un état de l'esprit, un « phénomène », et les philosophes n'ont pas dit autre chose sous des formes diverses : lorsque Descartes conseillait de ne recevoir aucune chose pour vraie qu'on ne la connaisse évidemment pour telle, il voulait dire que la vérité objective n'entre dans notre intelligence qu'après s'être transformée en certitude

morale, que celle-ci est personnelle à celui qui affirme ou qui juge. Kant disait d'une autre manière que « l'esprit humain ne peut connaître l'objet en lui-même; qu'en affectant l'absolu, il sort de ses limites »; qu'est-ce à dire, sinon qu'il ne peut rien savoir en dehors de sa situation propre et qu'il perçoit seulement du monde et des choses l'impression qu'il en reçoit (1). Et cela, d'ailleurs, lui suffit; d'abord, la certitude subjective étant la seule qui lui soit accessible, il doit forcément s'en contenter; en outre, c'est sur elle que repose le fonctionnement de la société avec laquelle elle est en étroite relation; d'où il suit qu'elle n'est pas une entité isolée qui doive se renfermer en elle-même: elle s'allie, au contraire, à la nature et aux choses qui la produisent, mais l'échec des tentatives faites pour trouver un critérium de la vérité a montré qu'il était plus juste de s'en rapporter à l'évidence des faits, celle-ci n'étant autre que « la nécessité avec laquelle les vérités simples, une fois vues, s'imposent à l'esprit » (2). Enfin, on la considère comme la plus générale, celle qui embrasse toutes les autres et comme suffisante pour inspirer et diriger toutes les actions des hommes.

Telle étant l'aspiration naturelle qui pousse l'homme vers le vrai, quels sont les moyens dont il dispose pour parvenir à lui? Par quelles voies arrivera-t-il à cette intime persuasion qui lui permet de formuler des propositions?

Ce sont les modes de preuve : ils nous transmettent la

(1) Ce point était important à signaler, mais nous ne voulons pas en allonger le développement par de plus nombreuses citations qui nous semblent inutiles. Jules Simon, Leibnitz, ont écrit dans le même sens, ainsi que Javary (De la Certitude) et des auteurs moins connus qui ont parfois bien résumé cette idée (V. par ex : Filangieri, Science de la législation, t. III, ch. XIII).

(2) Boirac. Cours élém. de philos., p. 292 à 300.

connaissance des faits et produisent en nous l'assurance qui en résulte (1).

Notre objet est d'en étudier l'application dans la science du droit, mais il ne sera pas inutile d'en dire rapidement quelques mots en général, serait-ce seulement pour signaler que les preuves juridiques ne sont qu'une manière spéciale d'aboutir à la certitude philosophique, qui domine toutes les sciences.

Dans un sens général, la preuve s'entend de tout moyen par lequel nous arrivons à la découverte de la vérité, qui permet aux parties d'établir la vérité de leurs allégations; elle est directe lorsqu'elle se passe d'intermédiaire, indirecte quand elle est obligée de recourir au témoignage d'autrui et au raisonnement. On conçoit aisément que le degré de certitude qu'elle engendre varie selon les cas :

Lorsqu'il dérive de procédés immédiats, il est naturellement le plus élevé: ceux-ci nous offrent la meilleure preuve, puisqu'ils ne présentent qu'une cause d'erreur : la personne elle-même qui les emploie. Mais encore, dans ce cas, les constatations ne s'imposent pas toujours avec une égale force : il faut distinguer selon qu'elles portent sur des faits internes ou externes : l'évidence interne nous révèle ce qui se passe en nous, les faits intimes dont l'exactitude ne peut faire l'objet du moindre doute; elle s'affirme avec la plus grande autorité, car il n'est pas un acte qui ne repose en premier lieu sur elle. Elle ne présente aucune chance d'erreur, car elle peut agir seule et sans nul secours : nous connaissons les

(1) Nous croyons inutile d'insister sur les différentes acceptions que peut revêtir le mot, preuve, les supposant connues; il nous suffira de les mentionner en note : ce mot s'entend tantôt de la preuve acquise, tantôt de la production même de la preuve, tantôt enfin des moyens de preuve : c'est de ce dernier sens que nous avons à nous occuper.

faits de conscience en même temps qu'ils naissent : c'est dans notre âme qu'ils se produisent et c'est notre âme qui les perçoit. Descartes les place comme seul fondement de toute démonstration dans sa formule « je pense, donc je suis », et avec raison, car ce sont eux qui résistent le mieux au scepticisme : « ils ne sauraient être contestés que par ceux qui pousseraient le doute jusqu'à la folie, qui iraient jusqu'à mettre en question leur propre existence » (1). — La connaissance nous parvient encore directement par les faits externes que nous voyons : elle est alors d'un échelon au-dessous de la précédente, parce qu'elle a recours à l'intermédiaire des sens, dont la valeur a été et peut être discutée, mais elle est cependant assez puissante et assez forte pour mériter qu'on l'appelle « évidence externe » ; car nos sens ne peuvent nous tromper que dans des cas exceptionnels; et comme, en outre, ils font partie de nous-mêmes, de telle sorte qu'on ne saurait les supprimer plus ou moins sans abolir, en tout ou en partie, notre individualité, ils ne doivent pas être considérés comme un véritable intermédiaire, mais comme nous transmettant directement les faits qu'ils observent.

Jusqu'ici, rien que des éléments d'appréciation très sûrs, mais insuffisants : l'expérience personnelle peut donner à l'intelligence un point de départ, lui procurer quelques faits rares et menus, lui permettre de commencer son information, mais pour la compléter, nous sommes obligés de recourir à des voies indirectes, qui feront glisser dans nos recherches de plus sérieuses chances d'erreur. Pour les événements qui se sont passés hors de nous, nous ne pouvons que conclure du connu à l'inconnu; ou bien, partant de principes généraux, l'esprit

(1) Bonnier. Traité théorique et pratique des preuves.

en tirera des conséquences qu'il appliquera aux faits à vérifier; il fera une déduction; ou bien, n'ayant devant lui que des faits purs et simples, il tâchera de remonter par une induction aux causes dont ils dérivent. Disons quelques mots sur ces deux méthodes : La déduction sert à découvrir le contenu d'une proposition générale; elle opère par analyse un travail de décomposition qui donne les meilleurs résultats dans les sciences logiques, mais elle est impuissante à réaliser une nouvelle découverte.

L'induction procède inversement, d'une manière synthétique; elle est justifiée par cette idée que le monde, matériel et moral, obéit à des lois, c'est-à-dire à des rapports constants, et elle trouve par conséquent sa raison d'être dans le principe du déterminisme, à savoir que « les mêmes causes produisent les mêmes effets, et que les mêmes effets sont produits par les mêmes causes » (1); elle opère une généralisation : au lieu de se circonscrire dans le cercle d'une proposition que la déduction scrute dans les plus intimes détails pour en extraire les vérités cachées, elle s'avance jusqu'à des vues d'ensemble hardies qui fournissent le plus puissant instrument d'investigation aux sciences d'observation ; « elle nous permet, au moyen d'un petit nombre de faits observés, de conclure à un grand nombre de faits qu'il est impossible d'observer » (2). En un mot, elle élargit notre vue. Mais le mystère de la causalité ne se laisse pas toujours pénétrer, soit que nous ne puissions l'atteindre, soit que nous nous trompions; en matière physique, la science demeure souvent impuissante à approfondir les secrets de la nature; de plus, elle a ses engoûments et ses modes d'où sortent des théories éphémères,

(1) Rabier. Logique, p. 142.
(2) Bain. Logique.

d'abord ardemment soutenues, puis vite détruites, en sorte que la vérité du jour devient l'erreur du lendemain. Nous sommes loin de connaître la majorité des lois auxquelles cependant nous ne cessons d'obéir. Quant aux sciences morales, elles tâtonnent encore dans l'enfance où elles s'essayent à marcher; l'imprécision de leurs efforts, et les conjectures auxquelles nous sommes souvent réduits sur les causes des phénomènes moraux témoignent de l'indécision de leurs progrès. Les lois qui les dirigent ne semblent pas avoir la même infaillibilité que celles de l'ordre physique : la principale est la foi au témoignage : nous croyons vraie la parole d'autrui, le mensonge étant pour l'homme un état anormal qui se produit lorsqu'un intérêt particulier le pousse à sortir de sa tendance naturelle, qui est de dire la vérité (1); aussi le témoignage est-il d'un usage courant auquel personne n'hésite jamais à recourir. Lorsqu'il fait défaut, disparaît en même temps l'assurance courante qui en émane : on peut alors s'aider de simples indices pour découvrir la vérité, mais on part d'un point d'appui moins solide (2).

(1) Pour les uns, cette tendance à croire la parole d'autrui vient d'une inclination naturelle. Reid la fait en effet dériver de deux principes de notre nature qu'il considère comme essentiels : le principe de véracité et le principe de crédulité (V. Reid : Recherches sur l'entendement d'après les principes du sens commun, p. 243 et s.). D'autres la motivent par l'expérience. « Comme les assertions vraies l'emportent sur les fausses de beaucoup, la disposition à croire est l'état habituel » Bentham, Preuves judiciaires : Des raisons de croire. Mais quelle que soit la base qu'on lui reconnaisse, la foi au témoignage est une loi certaine de la nature morale : tout le monde admet qu'il faut une raison particulière pour ne pas croire.

(2) L'analogie rend aussi de grands services pour nous aider sur la route qui mène du connu à l'inconnu : c'est le rapport que nous établissons entre deux phénomènes qui se ressemblent par leurs qualités générales, mais qui diffèrent par leurs qualités spéciales; elle est d'un usage courant; la science lui doit beaucoup, notamment les découvertes de Francklin et de Newton. Nous la signalons à cause de son importance; mais comme elle n'est qu'une variété de l'induction, nous n'en ferons pas le sujet de plus longs développements.

Maintenant, à quel degré de certitude l'emploi de ces moyens nous conduira-t-il ? Nous sommes loin de l'évidence, interne ou externe, car l'usage de la déduction et de l'induction, surtout dans le domaine moral, n'est point parfait par lui seul; il ne peut donner de bons résultats que s'il est secouru par la raison et par l'expérience; ainsi, la déduction doit éviter les sophismes et les paralogismes au moyen d'une vérification préalable : L'induction doit soigneusement apprécier toutes les circonstances de la cause; quelle habileté et quel art ne faut-il pas, par exemple, pour apprécier, dans une hypothèse délicate, l'exacte valeur d'une déposition. C'est pourquoi le degré de certitude n'est point ici aussi élevé, et ne peut être déterminé en lui-même; il dépend trop d'une foule de contingences pour faire autrement que laisser à chacun le soin de le mesurer dans chaque cas particulier. Il pourra être très puissant, voisin de l'évidence, lorsque ces modes de preuve seront joints à une prudente expérience, et à une raison sagement exercée. Il sera très faible quand il se fondera sur de simples indices ou de légers soupçons. Entre ces deux extrêmes se trouvera toute une gamme de notes nombreuses dont il faudra savoir dans chaque hypothèse laquelle toucher. Cependant, on peut dire qu'en thèse générale le résultat satisfera notre esprit, car les dangers et l'insuffisance de chacun de ces deux procédés seront très largement atténués par la réflexion et l'intelligence; et puisqu'il dépend de notre sagacité de tirer d'eux toute l'utilité qu'ils comportent, nous pouvons avoir confiance, surtout si nous n'épargnons, pour atteindre la vérité, ni le temps ni le travail que nous pouvons lui consacrer; nous réservant enfin le droit d'écarter les conclusions produites si elles ne nous paraissent pas satisfaisantes. En un mot, lorsque la méthode aura été habilement employée, elle abou-

tira pratiquement à la certitude. Mais celle-ci ne s'impose pas d'elle-même, ne résulte pas complètement de l'emploi plus ou moins parfait des méthodes précitées : il faut encore qu'elle reçoive notre adhésion.

Celle-ci est le dernier élément de la certitude ; elle est la manifestation de volonté par laquelle on affirme sa croyance à une proposition. C'est une chose assez curieuse qu'il y ait ainsi une part de volonté dans la manière d'accepter la vérité; mais cela ne doit pas trop nous étonner; nous avons montré plus haut le caractère subjectif de la certitude, qu'elle est un état d'âme, une intime persuasion; comment ne pas voir, dès lors, tout ce qu'il y a de personnel, de relatif, et par conséquent de volontaire dans une telle situation. Les mêmes vérités n'entrent pas dans l'esprit de tous les hommes par un chemin unique; l'art de persuader est assez délicat, tellement même que Pascal s'y déclare incapable; il faut présenter, à chacun, la façon qui lui plaise ; sans elle, il peut refuser son adhésion alors cependant que la même théorie l'aurait séduit si elle eût été exprimée d'une autre manière. C'est la chose connue d'ailleurs et difficile à pratiquer. Mais même pour les vérités les plus indiscutables, et pour les affirmations les mieux prouvées, n'y a-t-il pas de nombreuses nuances dans l'empressement avec lequel on les accepte ? Cependant, les choses sont objectivement les mêmes pour tous : mais les uns les embrassent avec enthousiasme, d'autres avec froideur ou simplicité, et d'autres avec une pointe d'aversion. Si maintenant on tient compte du sentiment naturel qui excite tout individu à faire prévaloir ses préférences inavouées, on doit attribuer, pour la part qui lui revient, à son désir et à sa volonté, la force et l'énergie qui auront été reconnues à la preuve. Comment notre être laisserait-il, en effet, pénétrer en lui certaines affir-

mations si, au préalable, il ne les avait volontairement acceptées. Il faut donc reconnaître qu'il y a dans la preuve, sans l'exagérer, une part de volonté.

Ce rapide coup d'œil nous a montré le mécanisme élémentaire de la certitude en général, et les principes qui la régissent; il nous reste à en faire l'application au droit : comment le juge utilisera-t-il les données que nous venons de préciser dans le domaine particulier de son ressort ?

Il n'y a aucune difficulté au sujet de l'évidence interne : il a, comme chacun de nous, le sentiment de son existence et perçoit nettement tout ce qui se passe en lui : les diverses situations de son âme ne lui échappent pas plus comme juge que comme particulier ; il les constate aussi directement que quiconque, et le droit ne lui impose à leur égard aucune prescription spéciale; il n'a donc qu'à leur faire application des principes généraux, auxquels nous le renvoyons.

Quant à l'évidence externe, c'est-à-dire la perception immédiate des faits litigieux, elle a très rarement l'occasion de se produire en justice ; elle ne le peut guère que dans un cas, celui de la descente sur les lieux ; en dehors de là la sentence du juge portera sur des faits qui se seront passés hors de la vue de ce dernier; on peut, à la rigueur, en voir un prolongement dans l'expertise par laquelle il complète son expérimentation personnelle, au moyen de lumières spéciales, qui lui font défaut (1), mais on peut aussi ne voir, dans l'expert, qu'un témoin d'un genre particulier. En tous cas, l'expertise offre moins de sécurité que la constatation directe pure, et s'en écarte toujours un peu.

Mais tout cela tient peu de place, car il nous est

(1) En ce sens Bonnier.

impossible de voir par nous-même la grande majorité des phénomènes qui nous intéressent; et cette impossibilité s'accroît encore quand il s'agit du juge; celui-ci, en effet, ne connaît les causes des procès que bien après leur naissance, et il ne lui est pas loisible d'aller à leur devant, comme il le serait à un particulier, si bon lui semble, pour des faits ordinaires, qu'il aurait prévus. — Les parties, d'ailleurs, ne songent pas, au moment de l'accord, à son intervention. — Enfin, les nécessités sociales ont engendré, par l'effet d'une trop forte réaction contre la possibilité de certains abus, une procédure gênante qui va parfois jusqu'à empêcher le magistrat de constater directement ce qu'il voit. En raison de cette impossibilité caractérisée, il sera presque toujours obligé d'employer la déduction ou l'induction :

La première lui servira relativement peu; elle trouve sa plus grande utilité dans les questions de droit : l'interprétation des lois a pour but de découvrir l'intention du législateur, de rechercher le sens qu'il a voulu résumer dans une formule concise, c'est-à-dire de trouver la portée cachée de certains termes, ou de délimiter le champ d'application des principes généraux. Elle a pour but de vérifier le contenu d'un principe; elle opère donc une déduction.

Mais cette méthode ne saurait être admise en ce qui concerne les faits; or, assez souvent, les procès portent sur une difficulté de procédure, et presque toujours ils roulent sur des questions de fait; le rôle du juge est donc celui d'un observateur; il a besoin d'un instrument qui étende sa faculté d'examen : il le trouve dans l'induction qui lui permettra, se basant sur quelques faits, de découvrir ceux dont il a besoin, et il en adopte le fonctionnement (1). Il admet que la nature physique et la

(1) L'induction n'est cependant pas limitée à la preuve des faits; elle

nature morale obéissent à des lois, et il les reconnaît pour constantes, conformément à ce que nous en avons dit plus haut; mais il convient d'appeler l'attention sur l'importance énorme que revêt le témoignage en justice, ce mot s'entendant, dans le sens large où il est naturellement pris ici, de toute déclaration qui n'émane pas de nous : il s'appelle l'aveu et le serment décisoire quand il émane du défendeur, le serment supplétoire lorsqu'il vient du demandeur, et enfin, la preuve testimoniale, proprement dite, au sens juridique du terme, écrite ou orale (1).

Précisons quel est le degré de certitude que peut faire entrer dans l'esprit du juge la preuve ainsi comprise : faut-il répéter ce que nous avons dit plus haut dans des considérations plus générales, distinguer plusieurs échelons, et le voir décroître à mesure que l'on va de l'évidence interne aux simples présomptions? Sans doute, ce que nous avons déjà dit reste acquis, mais il nous faut encore examiner des causes spéciales au sujet, qui différencient, assez fortement et à ses dépens, la vérité légale de la vérité philosophique.

D'abord, celle-là est obligatoire, tandis que celle-ci est purement facultative : le savant peut se complaire dans la recherche indéfinie, et suspendre son jugement pour si peu que les conclusions, auxquelles il aboutit, lui paraissent manquer d'harmonie. Le juge est obligé de se prononcer par l'effet d'une impérieuse et inéluctable nécessité sociale; tant pis si sa conviction ne se trouve pas assez fermement assurée, car les parties attendent qu'il ait tranché, et l'organisation établie le pousse à for-

peut aussi servir à prouver le droit, mais dans des cas très rares, comme par exemple lorsqu'il est nécessaire de faire connaître au juge la teneur d'une loi étrangère.

(1) Bonnier, *op. cit.*

muler sa décision; il faut que des deux prétentions en présence, l'une des deux devienne la vérité consacrée : le savant pourrait les repousser également; le juge doit choisir; « quelles que soient les chances d'erreur auxquelles il est assujetti, il ne peut abdiquer son rôle. Il doit se contenter d'une certitude relative » (1). Le philosophe peut, à la rigueur, se demander si la vie n'est pas une vaine illusion, mais lui ne peut en méconnaître la réalité, ni s'affranchir du devoir de juger qu'elle lui impose.

Ce caractère fatal de la sentence engendre de graves conséquences dont résulte une seconde différence : le savant, non obligé de rapporter un jugement, peut prendre le temps nécessaire et choisir les moyens qui lui semblent les meilleurs. Le juge est obligé, non seulement de statuer, mais de le faire, dans un temps relativement court, sans avoir seulement la possibilité de provoquer des expériences : il lui est donc plus difficile de parvenir à une conviction inébranlable. « Il lui faut arriver promptement à une solution; par suite, la faculté de suspendre son jugement, qui fait partie des devoirs de l'homme de science, lui est interdite, et le degré de sa certitude devient relativement inférieur » (2). Ainsi, dans l'expression courante que le temps de la justice est un temps précieux, il n'y a pas une simple plaisanterie, ni même une formule commode, en certains cas, qui accuserait un simple défaut d'organisation matérielle, mais une pensée bien profonde, puisqu'elle touche aux racines de la certitude. — Avec le choix du temps, manque encore au juge le choix des moyens dont il dispose pour se convaincre : trop longtemps, le système des preuves légales a forcé sa volonté, et les législations modernes n'en sont

(1) Dalloz. Répert. V° Preuve, n° 7.
(2) Summer Maine. Histoire du Droit (théorie de la preuve).

pas encore complètement dégagées; l'obligeant à se déterminer, par des formes rituelles et précisées nettement, il lui imposait une vérité arbitraire que sa conscience réprouvait le plus souvent. D'où une variabilité opposée à l'unité qui doit faire le fonds de toute matière; ayant pour base une construction artificielle, les modes de preuve variaient avec les coutumes et les pays voisins, alors qu'en tous lieux, les savants ont le libre choix des méthodes.

Enfin, Summer Maine signale ce fait, que les témoins scientifiques sont généralement plus impartiaux et mieux à même de contrôler les faits et d'en formuler la déposition; les passions ne les incitent pas à pencher en un sens plutôt qu'en un autre. En outre, leurs pouvoirs d'observation ont été mis à l'épreuve. Ils constatent des faits plus simples et moins compliqués, eu égard aux moyens spéciaux dont ils disposent. Au contraire, en justice, le témoin, mû par ses intérêts ou ses préférences, dont le sens critique n'a pas pu s'exercer, apporte aux tribunaux des faits extrêmement compliqués parce qu'ils sont « des fragments de conduite humaine » (1), et vient rendre plus difficile leur mission. — Il y aurait peut-être quelques restrictions à présenter sur ces observations (2), mais qui ne les empêchent cependant pas d'introduire une réelle différence, bien qu'elle tienne plutôt à des questions de fait, qu'aux éléments essentiels du sujet, entre la certitude légale et la certitude philosophique, rendant celle-là plus difficile à obtenir .

En résumé, l'infériorité de la science juridique, dans les

(1) Summer Maine, *loc. cit.*

(2) Il n'est, par exemple, pas toujours juste d'opposer à la suspicion du témoignage ordinaire, l'impartialité prétendue du témoin scientifique; sa passion pour ses études peut le porter à fausser, de bonne foi cependant, certains résultats.

moyens de découvrir la vérité, et la faiblesse de la certitude qu'ils procurent, apparaissent comme des points certains. Le progrès doit consister à les supprimer, ou du moins, à les atténuer : c'est celui que réalise peu à peu l'évolution du droit, et qui trouve un ferme soutien dans la jurisprudence moderne.

Nous avons signalé, comme premier vice de la matière, le caractère obligatoire : il est inhérent, à toute société entre les mains de laquelle les individus n'auraient pas placé le fonctionnement de la justice si ce n'avait été pour lui donner un caractère impératif; c'est pour sacrer les prétentions les plus soutenables par l'autorité de la chose jugée, que les tribunaux ont été créés. La disparition de cette fatalité se trouve donc reléguée dans le rêve d'une paix idéale encore trop loin de nous. Mais on peut espérer diminuer la gravité des conséquences qu'elle produit, et on ne doit rien ménager à cette fin. Que si le juge est obligé de se prononcer, du moins qu'il puisse le faire après avoir pris les plus sérieuses garanties. Le plus cruel danger que suscitent ces sentences forcées, c'est de donner, à la fausse prétention, toutes les apparences du vrai, c'est d'aboutir à des erreurs judiciaires. Mais il n'entre pas dans notre plan de les étudier; nous remarquerons, toutefois, qu'il est consolant, pour l'esprit humain, de constater que l'effet de la civilisation, et des améliorations apportées à la science du droit, spécialement en matière probatoire, a été de les raréfier : pour n'en citer qu'un exemple incontestable, la disparition des anciens modes, barbares et primitifs, de preuve, tels que le duel judiciaire et les ordalies, a permis à plus de vérité de trouver place dans les jugements.

La seconde infirmité de la certitude légale appellera plutôt notre attention, mais nous bornerons notre étude

à l'examen d'un seul des deux aspects qu'elle présente; nous avons vu que, si le savant choisit son temps et ses moyens, le juge n'a pas la faculté de ce double choix : d'abord, il est obligé de se décider assez vite, ensuite, de le faire d'après des règles déterminées, selon les modes de preuve fixés par la loi : il y a là, deux causes d'erreur; la première est, à la vérité, moins à redouter qu'elle ne peut le paraître au premier abord, car le juge pourra, le plus souvent, s'il ne se trouve pas suffisamment informé, s'accorder des délais en prolongeant l'instruction; il pourra, par exemple, ordonner une enquête. Au surplus, la hiérarchie des divers degrés de juridiction peut, en allongeant le temps de la décision, permettre à celle-ci de se mieux établir. Mais il n'en est pas de même de la seconde, que nous avons prise pour sujet de cette thèse.

Elle constitue un des plus graves dangers de la législation sur la preuve, et, comme celle-ci occupe une place prépondérante, il est facile d'en prévoir les funestes effets : la règle qui oblige le juge à se prononcer selon des modes préfixes dont la valeur est à l'avance rigoureusement déterminée, qui établit une hiérarchie dans l'admission des moyens de preuve, qui va jusqu'à en prohiber certains, est certainement inspirée par un principe faux. Quand la sentence du juge ne peut se montrer qu'après avoir subi la contrainte d'un moule officiel, on se demande quelle en est la véritable utilité: et pourquoi exiger de nos magistrats tant de qualités précieuses et d'intelligence, si c'est pour leur en interdire l'usage ?

La preuve légale est aujourd'hui condamnée : toutefois, elle n'a pas toujours mérité les reproches qu'on lui adresse. Si les faibles avantages, qu'elle peut invoquer, ne peuvent plus constituer des arguments en sa faveur, ils ont revêtu une importance sérieuse, dans certains

temps et dans certains milieux; lorsque le formalisme primitif et la force brutale étaient des éléments de progrès, par l'autorité qu'ils faisaient respecter et la discipline qu'ils imposaient; c'est par celles-ci que les peuples triomphent de la barbarie, et non par une liberté prématurée qui les mènerait à une anarchie sauvage, parce qu'ils n'en ont pas encore fait l'apprentissage. On ne peut pas condamner, comme ayant toujours été mauvaises, comme absolument vicieuses, toutes les institutions qui ne répondent pas à la mentalité moderne. On ne peut pas non plus se contenter d'une opinion trop commode qui leur accorde quelque utilité, tout en méconnaissant leur principe. C'est dans le cours de l'histoire qu'il faut les apprécier : or, le devoir de regarder le passé en lui-même, et la solidarité qui unit notre progrès aux efforts de nos ancêtres, nous obligent à aller plus loin : en matière de preuves, il est bon de noter que les hommes ne se sont pas toujours laissé convaincre de la même manière; il ne peut en être autrement, car les améliorations viennent du changement. Il n'est pas surprenant de voir les preuves se figer dans des rites solennels et des expressions consacrées, lorsque l'esprit est trop fruste pour découvrir les intentions, et incapable de se plier aux subtilités d'une appréciation délicate; alors surtout que la lutte pour la vie oblige les nations à trouver, dans l'organisation judiciaire, un moyen de plus pour réaliser, grâce à des règles invariables, la cohésion qui assurera leur victoire. La théorie des preuves légales n'est donc pas une monstruosité, pourvu qu'on la laisse dans l'histoire du droit. Et si, pour s'en convaincre, il fallait ajouter d'autres raisons à ces considérations générales, il suffirait de relever, dans le Code civil, les traces de ce système d'autrefois.

Mais c'est précisément le point dangereux et critiqua-

ble; c'est pour lui qu'il faut garder tous nos reproches : le Code civil n'est point, en effet, complètement débarrassé du système des preuves légales : l'article 1341, qui impose la rédaction d'un écrit au-dessus de 150 francs, en forme l'inspiration principale; il trouve tout de même des partisans nombreux et convaincus, bien qu'il restreigne dans une très large mesure la liberté du juge; à côté, des articles disséminés dans tout le corps du Code accentuent, dans des hypothèses spéciales, l'obligation de recourir à des procédés déterminés : ainsi, les dispositions des articles 931, 974, 1394, etc., imposent, pour certains contrats, la rédaction d'un acte notarié; nos mœurs les acceptent fort bien, car elles ne voient pas, dans cette obligation de se rendre chez un notaire, l'analogie qu'elle présente avec l'ancien formulaire rituel, et cependant où est la différence de principe ? Ces vestiges d'un formalisme suranné, s'aggravent encore de la sévérité particulière à quelques règles plus étroites, telles, par exemple, que les dispositions finales du premier alinéa de l'article 1341, les articles 1342, 1343, etc... Nous reviendrons plus loin là-dessus. Pour le moment, nous avons simplement à constater que de cet ensemble se dégage un système de preuve gênant, parce qu'il est trop réglementé.

Comment se fait-il que nous ayons encore, dans une des parties les plus importantes de notre droit, à subir la contrainte de conceptions plus anciennes ? Il y a, sans doute là un phénomène qui s'explique par l'évolution du droit. Mais la possibilité de le constater nous autorise à justifier un passé dont tout le monde ne blâme pas les survivances que nous venons de constater. En un mot, la véritable critique que mérite la preuve légale, c'est de se trouver encore dans le Code civil et d'y occuper une place trop importante.

En présence de besoins nouveaux, ses anciens avantages sont devenus des dangers compromettants; elle n'est pas en harmonie avec la société moderne. La nécessité d'une liberté, toujours plus grande, doit faire rejeter tout système qui, directement ou indirectement, empêche le juge de formuler sa pensée, pèse sur sa conscience. La fausse règle en matière de procédure est celle « qui tend à mettre en contradiction la décision du juge et de la loi, qui entraîne le juge à prononcer contre sa persuasion intime, à sacrifier le fond à la forme, à juger comme homme de loi tout autrement qu'il ne le ferait comme homme privé » (1). D'autre part, la pénétration de l'équité dans la science juridique, et la sentimentalité croissante du cœur humain l'obligent à se révolter contre les conséquences légales, qu'il réprouve en son for intérieur, mais qu'il doit reconnaître. — D'ailleurs, l'exemple donné par la loi commerciale et le droit criminel montre bien que nous n'avons pas à redouter de laisser aux magistrats le souci de trouver librement la vérité, et cela sans regarder l'importance de la cause. Cet arbitraire trouve, de plus, en beaucoup d'autres points du droit, l'occasion de ressortir, frappant ainsi énergiquement l'anomalie que nous avons relevée dans le droit civil.

Toutes ces raisons sont autant d'arguments en faveur de la liberté des preuves; nous aurons à les étudier en plus de détail lorsque nous rechercherons quels sont les mobiles qui ont poussé la jurisprudence à corriger les règles défectueuses du Code civil.

Maintenant il nous faut mettre en lumière l'idée maîtresse qui atteste le progrès philosophique réalisé par la thèse de l'intime conviction : souvenons-nous que la cer-

(1) Bentham Jérémie. Traité des preuves judiciaires, ch. II, dans ses œuvres, tome II, page 242.

titude est essentiellement subjective, qu'elle repose sur la persuasion, sur la conviction: qu'elle s'introduit dans l'esprit lorsque celui-ci la trouve satisfaisante, lorsqu'il manifeste son adhésion; et nous n'aurons pas de peine à nous apercevoir que l'acheminement vers la liberté des preuves rapproche la certitude légale de la certitude philosophique, tend ainsi à réaliser l'unité, et par conséquent constitue un progrès certain. Or, la preuve organisée suivant un mode réglé, détermine une vérité que l'individu ne peut pas saisir, parce qu'elle est extérieure à lui, objective en ce sens qu'elle naît de l'accomplissement de certaines solennités : obligatoirement imposée, elle ne peut pas former une véritable certitude, puisqu'il lui en manque les deux éléments essentiels, la conviction et l'adhésion : elle n'est pas soutenue par l'intime persuasion de l'âme; elle n'est pas non plus la manifestation de volonté d'un esprit qui a librement choisi. On admet généralement le vice d'un semblable système. Mais ce qu'il importe de remarquer, c'est qu'il résulte d'un défaut d'unité entre la certitude légale et la certitude philosophique. Ainsi la réforme opérée par les Tribunaux s'inspire de la philosophie du droit. Sans doute, les puissantes raisons d'équité ou autres, que nous avons signalées, ont ajouté aux solutions jurisprudentielles de solides contreforts et constitué pour elles des raisons déterminantes sans lesquelles elles n'auraient probablement pas vu le jour. Mais il est consolant pour l'intelligence de trouver avec elles cette harmonie supérieure qui en est l'idéal, de voir comment les règles du droit trouvent leur justification dans les principes généraux communs à toutes les sciences.

Précisons un peu plus la portée de notre travail : nous voulons relever les tendances de la jurisprudence à orienter le droit civil vers une plus grande facilité dans

l'administration de la preuve, vers une plus complète liberté de décision à l'égard du juge. Le défaut du Code civil est de repousser la preuve orale dans bien des cas où la rigueur de ses règles aboutit pratiquement à une impossibilité de preuve ou à consacrer une fausse solution. L'œuvre des tribunaux devait consister, pour le supprimer, à étendre le champ d'application de la preuve orale; c'est ce qu'ils ont fait en autorisant la preuve testimoniale dans tous les cas où un texte trop formel ne la prohibait pas. Nous examinerons en détail la manière, dont ils ont opéré pour réussir : d'une façon générale, toutes les fois que la loi a posé certaines conditions pour recevoir la preuve testimoniale, ils les ont très largement interprétées, en sorte que celles-ci disparaissaient en partie. Pour entendre des témoins dans les hypothèses où la loi regarde la preuve écrite comme la preuve normale, il faut que le demandeur apporte un commencement de preuve par écrit, ou qu'il ait été impossible de s'en procurer, ou qu'il s'agisse de faits purs et simples. En présence de ces exigences, la tendance jurisprudentielle a été de les amoindrir : elle donne à la définition du commencement de preuve une physionomie si vague qu'il suffira de fort peu de chose pour que la preuve par témoins soit reçue : dès que le juge a un soupçon, il cherche à le vérifier par d'autres modes de preuve. Elle entend l'impossibilité tant au point de vue moral que matériel : pour l'en empêcher, il aurait fallu que la loi pose une règle formelle. Enfin les faits revêtent souvent un caractère ambigu qui permet de les considérer tantôt comme juridiques, tantôt comme non juridiques.

Telle est l'idée générale dont s'inspire la jurisprudence; elle trouve dans la preuve testimoniale le moyen pratique de consacrer la théorie de l'intime conviction. Il va sans dire qu'il ne faut pas l'exagérer jusqu'à sup-

primer complètement toutes traces de réglementation pour s'en remettre à la seule volonté du juge, à son pur caprice; mais ce qu'il faut éviter, c'est précisément ce qu'il y a de choquant dans certaines situations où le juge est obligé de taire la voix de sa conscience devant les conséquences des textes : il faut donc lui permettre d'entendre tout ce qui peut l'éclairer sur la vérité, en un mot de se décider librement. C'est, dans la mesure où cela est possible, l'assimiler au savant qui poursuit ses recherches en dehors de toute contrainte, qui ne se décide à admettre une proposition pour vraie que d'après sa conviction. Par là se trouvera atténué, bien qu'il soit loin de l'être beaucoup encore, le danger de la certitude relative, et le progrès sera réalisé.

Mais ce dernier mot soulève une objection qu'il sera facile de réfuter : on considère les institutions humaines comme avançant peu à peu sous la poussée d'une évolution lente mais certaine; elles tendent à se dépouiller peu à peu de leurs formes primitives, pour en adopter d'autres qui sont déterminées par des conditions de temps et de milieux : on regarde donc les formes délaissées comme ne devant plus reparaître dans la marche ascendante de la civilisation, parce qu'elles correspondent à des états depuis longtemps dépassés. Or, on sait qu'en matière de preuves, l'évolution fut la suivante : d'abord, à l'origine des peuples, la preuve testimoniale (plus ou moins mêlée à des pratiques rudimentaires dont nous n'avons pas à parler) était seule en vigueur. Mais un nouvel élément s'introduisit dans la civilisation, l'écriture, d'où sortit, au milieu d'une plus grande culture, la preuve littérale; des qualités, devenues classiques, la plaçaient, disait-on, pour toujours au-dessus de la preuve par témoins : la précision, la durée et la sincérité. Les défauts corrélatifs de cette dernière, à laquelle se joi-

gnaient d'autres dangers, par exemple celui de la subornation, accentuaient encore cette opinion. Dès lors, revenir à la preuve testimoniale, n'est-ce pas, dans ces conditions, retourner au droit primitif ? La réponse doit être négative. Nous verrons, en effet, que les antiques législateurs ne se sont pas fait, de la preuve par témoin, la même conception que nous : ils l'ont imprégnée du formalisme et de la rigueur dont ils entouraient tout leur droit, de sorte, qu'en fait, ils lui enlevaient toute la souplesse qui en est la qualité première. Au surplus, nous aurons à étudier si les causes qui en ont entraîné la disparition n'ont point aujourd'hui disparu de la vie. Nous aurons à nous demander si une plus grande moralité existe parmi nous, et si, jointe à une plus grande instruction, elle n'assurera pas précisément à la preuve testimoniale une supériorité définitive. Il n'y a donc qu'une apparence dans ce prétendu recul que marquerait l'admission de la preuve orale. D'ailleurs nous ne devons pas nous en étonner : l'histoire nous offre parfois le spectacle de régressions assez bizarres, et l'on est étonné de voir revenir des procédés universellement condamnés comme trop archaïques. Il faut alors étudier ces sortes de phénomènes pour ne plus s'en étonner.

De tout ce qui précède, se dégage le plan que nous suivrons.

Les derniers mots de notre introduction nous obligent à chercher, dans l'étude des législations qui ont précédé la nôtre, quelles ont été les diverses conceptions de la preuve. Nous consacrerons donc une partie à l'historique.

Nous étudierons ensuite la législation actuelle : nous tâcherons de faire ressortir le point de vue restrictif du-

quel est considérée la preuve testimoniale dans notre loi civile, tant dans le Code civil que dans le Code de procédure ; et nous essayerons de montrer par quel effort et sous l'influence de quelles causes la jurisprudence a essayé de corriger la rigueur du texte. C'est là le point important de cette étude.

Une troisième partie sera consacrée à une étude sommaire de droit comparé, afin de voir si les législations étrangères peuvent nous proposer un exemple à suivre.

Enfin, après avoir montré, par cet ensemble, comment se dégage la nécessité d'une réforme, nous en esquisserons les traits principaux.

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE DE LA PREUVE

CHAPITRE PREMIER

LA PREUVE DANS LES PREMIÈRES LÉGISLATIONS DE L'ORIENT ET DE LA GRÈCE

1. Nécessité d'étudier les premières législations; impossibilité d'approfondir cette étude.

I. L'Egypte. — 2. Caractère verbal des obligations et par suite de la preuve dans le droit égyptien primitif. — 3. Il est construit de façon à s'adapter à la preuve testimoniale. — 4. Simplicité du contrat : 1° Dans sa forme, il est unilatéral; 2° dans le fond il vise l'unité, soit quant aux personnes (tant pour celle qui agit que pour celle qui reçoit), soit quant à l'objet (la vente, le prêt à l'intérêt). — 5. Réforme de Boccoris : les contrats doivent être passés par écrit. Complication graduelle de la forme écrite. — 6. Sort des témoins dans cette seconde phase du droit. Leur nombre est calculé sur l'importance de l'opération juridique. — 7. La preuve écrite n'a pas subitement remplacé la preuve par témoins.

II. Chaldée-Assyrie. — 8. Importance prépondérante de l'écriture et de la preuve écrite dans l'Assyrie. — 9. Les témoins : apposition de leur cachet.

III. Phénicie. — 10. Intervention des témoins dans la presque généralité des contrats. — 11. Réglementation et fonctionnement de la preuve testimoniale. — 12. L'écriture n'a été usitée que dans quelques cas très rares.

IV. La Grèce. — 13. Généralité de la preuve par témoins. — 14. Le droit grec excluait peu de personnes. — 15. La déposition pouvait être écrite ou collective. — 16. Liberté de décision laissée au juge. — 17. La preuve écrite comprenait des actes publics et privés, mais elle semble avoir été peu développée tout de même.

Il serait instructif de rechercher, d'une façon précise, quel a été le sort de la preuve, dans les législations qui ont précédé la nôtre. Un tel travail permettrait de bien mieux saisir l'évolution du droit, dans cette matière spéciale, et de nous rendre compte, d'une façon plus exacte du progrès accompli. Lorsqu'en effet, on entre-

prend l'étude d'une institution semblable, c'est dans le plus lointain passé qu'il faut en faire remonter l'histoire.

Mais, outre que cette entreprise dépasse évidemment notre faible compétence, il faudrait encore pouvoir faire une étude approfondie de documents, parfois nombreux et toujours délicats à comprendre, comme ceux écrits en caractères hiéroglyphes ou démotiques par exemple, ce qui nous est impossible. Le droit des peuples primitifs (Rome exceptée, bien entendu, que nous étudierons dans un chapitre spécial) est, en somme, assez peu connu

Nous nous contenterons donc de dire quelques mots sur les diverses lois qui ont régi les peuples nos devanciers dans la voie de la civilisation, mais nous ne tenterons pas trop de dégager des systèmes d'ensemble, qui ne pourraient se révéler à nous, dans toute leur exactitude, que s'il nous avait été possible d'arriver à une étude approfondie. Nous obéirons seulement, en définitive, à la nécessité qui nous pousse à aller chercher, dans les premières législations, l'inspiration originaire des textes qui nous régissent. Cette inspiration est encore confuse et mal dégagée, mais certaine. On verra, d'ailleurs, que, sauf quelques différences forcées, qui tiennent à la race, les institutions des peuples ne varient pas toujours d'une façon si grande.

I. — L'Egypte

Certains auteurs considèrent l'Egypte comme le berceau de notre civilisation (1) : il sera donc intéressant de voir quel a été, chez elle, le sort de la preuve.

(1) On s'aperçoit aujourd'hui que l'origine de notre civilisation ne doit pas être cherchée seulement dans l'histoire des nations qui nous ont directement précédés, mais qu'il faut remonter dans le plus lointain passé. Des

Le droit égyptien, comme celui de toute nation primitive, fut d'abord rudimentaire, empreint de formalisme et de simplicité. Dans la forme, il a commencé par être oral. Ce caractère verbal est prouvé d'une façon générale par ce que nous savons des débuts de toute législation; et spécialement ici, par les exemples d'obligations verbales qui nous ont été conservées (1), en même temps que, par les traces que cette formule orale a laissées dans la formule des contrats de l'époque classique : cette formule, ainsi conçue : « un tel dit à un tel... », montre bien le rôle de la parole dans l'ancien mode de s'obliger.

Dès lors, la preuve, en étroite corrélation avec la forme des contrats, devait être purement orale, à l'origine, comme ceux-ci. Elle avait lieu par témoins ou par serment. Nous laisserons ce dernier de côté, car sa fonction probatoire ne semble pas avoir toujours eu la même importance : au commencement, il semble avoir été plutôt une façon de s'engager (2).

études sérieuses ont fait ressortir la part que nous devions aux anciens empires de l'Orient, l'Egypte et la Chaldée. Le docteur G. Le Bon, dans son livre sur « les Premières civilisations », a bien mis cette idée en lumière. — Dans la sphère plus spéciale du droit, Révillout considère l'Egypte comme l'inspiratrice de Rome : il a montré les nombreuses analogies que présentent les législations de ces deux pays, et partant les emprunts faits par le droit quiritaire au droit égyptien. — Cette idée n'avait pas encore été aussi bien approfondie et argumentée, mais elle avait été sentie par des auteurs plus anciens : Goguet écrivit en 1758. « C'est des Egyptiens que, par une chaîne non interrompue, les nations de l'Europe les mieux policées, ont reçu les premiers principes des lois, des arts et des sciences. Les Egyptiens avaient instruit et éclairé les Grecs; ceux-ci rendirent par la suite le même service aux Romains ». (Goguet : Origine des Lois, tome I, page 43.)

(1) Le plus ancien exemple d'obligation qui nous ait été conservé du droit égyptien nous montre un engagement verbal : il remonte à la XII[e] dynastie. (Révillout. Précis de Droit Egyptien, tome II, p. 1179.)

(2) Le serment ne servait guère de preuve, dans les débuts du droit égyptien, que d'une façon accessoire, probablement lorsqu'il n'y avait pas de témoins. Il était lui-même prêté devant témoins.

Les témoins assistaient, à la convention, en nombre déterminé : ils constituaient le mode normal de preuve, presque unique. Et cela se comprend, quand on jette un coup d'œil sur l'ensemble du droit : il est, en effet, intéressant d'observer que tout converge vers la preuve testimoniale, de manière à la faciliter le plus possible.

Rien ne se passe sans qu'on ait appelé plusieurs personnes pour en garder le souvenir : d'où, la nécessité de ne pas surcharger leur mémoire, afin de faciliter leur rôle.

On ne leur donne que des formules simples et claires à retenir : la mémoire des hommes, surtout quand elle n'est pas encore assouplie par la complexité des études, ne peut offrir une sécurité complète, qu'à la condition de n'être pas mise à trop rude épreuve.

A ces notions très dégagées, se joint un signe sensible pour fixer le souvenir d'une façon précise : le témoin aura ainsi, pour se rappeler le contrat, une impression frappante, qui lui reviendra d'autant mieux à l'esprit, qu'elle pourra facilement se joindre à certaines circonstances de temps et de lieu.

Cette simplicité, destinée à n'offrir, à l'oreille des auditeurs, qu'une construction élémentaire, ressort, disons-nous, de l'ensemble de la législative égyptienne :

Dans la forme, le contrat égyptien était unilatéral : « une seule partie parlait en Egypte », à l'analogue de la sponsio romaine, et ce caractère se maintint par la suite, même après la réforme de Boccoris. Cette unilatéralité était un peu forcée, pour un peuple à ses débuts, encore incapable d'une fine analyse. Mais, quelle que soit sa cause, elle était une facilité pour les témoins.

Le fond même du contrat était également calculé de façon à ne pas admettre la moindre complication : soit quant aux personnes, soit quant à l'objet, il réalise l'unité favorable aux témoins.

Lorsque plusieurs individus cèdent un droit ou une chose, le droit égyptien les considère comme ne formant qu'un, comme s'incarnant dans la personne de celui qui parle. Celui-ci, seul, a fait entendre sa voix, seul, il a agi, mais c'est comme si tous l'avaient fait. Il a engagé, au même titre que lui-même tous ses compagnons, dont la présence est restée complètement muette. Pour indiquer la chose, les contrats comprenaient une formule très expressive et imagée : « un tel et un tel ont dit à un tel, d'une seule bouche... ». Il y a donc, ici, une parfaite unité, bien que plusieurs engagés. Le créancier n'aura qu'à choisir celui qu'il préférera poursuivre (1).

Cette manière énergique, de concentrer le contrat sur une seule tête était naturellement apte à en faciliter la preuve. Elle imprimait dans la mémoire des témoins la photographie de la scène avec l'aspect et l'action même des personnages.

L'autre partie au contrat, celle qui reçoit, se trouve aussi individualisée, grâce à une représentation légale. Dans la famille égyptienne un de ses membres était chargé de la représenter, lorsque les intérêts de tous étaient en jeu. Le père, ou, à son défaut, le fils aîné, étaient le maître des biens, κυριος. Ce chef agissait, en personne, pour tout ce qui intéressait la collectivité; et cela en vertu d'un mandat légal. Ainsi, à l'aide de ce fonctionnement, il n'était pas nécessaire de passer chaque fois un contrat accessoire de représentation qui aurait gêné la marche des affaires, et qui aurait formé, pour les témoins, un élément supplémentaire, et plus difficile à retenir, parce qu'il compliquait une physionomie jusque-là fort simple. — En dehors de là, le droit égyptien ne connaissait aucune autre représentation : Chacun devait

(1) Révillout. Les Obligations en droit égyptien, 2me leçon.

figurer au contrat qui l'intéressait. Il n'y avait ni tutelle, ni curatelle organisées

Quant à l'objet du contrat, la législation s'est aussi efforcée de le présenter d'une façon très simple. Les assistants n'auront à retenir qu'une ou deux choses, qui, pour plus de facilité, seront réduites à des termes très courts.

La vente se fait au comptant : le prix doit être payé séance tenante, afin d'éviter une stipulation particulière pour fixer le paiement.

Le prêt à intérêt est encore plus caractéristique, s'il est possible : on indique, au jour même de la conclusion du contrat, une somme fixe qui comprend le capital et les intérêts, calculés d'avance, pour former un total payable à un jour déterminé. Il porte donc sur une somme certaine. Cette règle s'inspirait peut-être d'une pensée de précaution contre l'usure, mais elle formait encore une commodité pour les témoins, car « il n'y avait à se rappeler que deux choses : la somme totale et le terme » (1).

Dans cette construction simpliste et unitaire, le contrat était facile à retenir; par conséquent on ne pouvait rien trouver de plus durable et de plus solide, rien qui puisse se prouver plus facilement, eu égard aux modes de preuve dont on disposait : « On l'avait réduit, pour l'oreille de ses auditeurs, à ses éléments essentiels, soit qu'il s'agisse d'une mancipation, soit qu'il s'agisse d'une sponsio » (2).

La physionomie du contrat égyptien est restée telle que nous venons de la décrire, pendant une première période où, sinon la seule preuve, du moins de beaucoup la plus importante, était la preuve par témoins. Comme

(1) Révillout, *loc. cit.* V. en outre eodem : Le prêt à intérêt, p. 69 et 70.
(2) Révillout, même ouvrage.

nous l'avons vu, la forme orale, dans laquelle se contractaient les obligations, ne permettait pas de recourir à un autre moyen. Par ailleurs, l'ensemble du droit semblait construit pour la favoriser.

A cet usage général des témoins, succéda, avec Boccoris, son abolition radicale. Ce grand roi vécut au VIII^e^ siècle avant notre ère. Il ordonna que tous les contrats seraient désormais passés par écrit. Deux mobiles l'ont poussé à accomplir cette réforme : la corruption des témoins, conséquence probable de la désagrégation des mœurs, en premier lieu; ensuite, l'engouement particulier qu'il avait pour l'Assyrie, laquelle ne connaissait que les contrats rédigés par écrit. En même temps, il devait trouver une autre justification dans le développement de la civilisation qui dut amener les progrès de l'écriture.

Pour assurer l'exécution de ses ordonnances, il ne craignit pas de prescrire des règles très sévères : celle qui concerne le prêt est significative et montre bien ses intentions : Pour obliger tout le monde à écrire les prêts, Boccoris fit paraître une loi, en vertu de laquelle, en l'absence d'un acte écrit, les contrats de ce genre seraient prouvés par le seul serment du débiteur. Il suffisait donc à celui-ci de nier son engagement pour s'en affranchir; et le créancier se trouvait complètement désarmé.

Il est même possible que cette manière se soit généralisée : dans l'ensemble, les contrats devaient être prouvés par écrit : et, lorsque cette preuve faisait défaut, on se fiait au serment du débiteur (1).

La forme écrite, exigée par Boccoris, est allée se compliquant davantage avec le temps. On commença par admettre la validité des actes sous seing-privé, qui étaient rédigés par des lettrés spécialistes, mais plus

(1) Daresse. Etudes d'Histoire du droit, p. 8.

tard cela fut trouvé insuffisant : sous Evergète II, on exigea qu'ils fussent passés en forme authentique. Et ce n'était pas tout : ils devaient laisser leur trace sur une nombreuse série de registres (1), qui attestaient spécialement la perception des droits d'enregistrement. Le rôle important de l'écriture, qui débuta avec Boccoris, a pris sa plus grande envergure avec les Ptolémées, sous le règne desquels il a atteint les proportions d'une complexité et d'une paperasserie étonnantes.

Pendant ce temps, qu'étaient devenus les témoins ? ils avaient, peu à peu, vu restreindre leur importance, sans avoir été entièrement supprimés, du jour au lendemain. On les voit apparaître, en nombre considérable, dans la rédaction des contrats. D'abord, ils sont chargés de résumer l'acte, de leur propre main, à la suite de la rédaction principale faite par l'officier qui en faisait profession. On était sûr, ainsi, qu'ils avaient pris connaissance du contenu. Mais pour avoir des personnes capables de faire cet office, il fallait s'adresser à des lettrés; le nombre auquel il fallait arriver constitua un empêchement qu'on dut chercher à tourner. Sous les Ptolémées, les témoins n'avaient rien à écrire : ils s'efforçaient de retenir ce qu'ils entendaient. Leurs attributions étaient, du coup, bien diminuées. Par contre, le scribe devenait l'agent important du contrat : son écriture formait la base principale de la preuve, et sa bonne foi était la meilleure garantie de la vérité.

En même temps, le terrain perdu par la preuve testimoniale était en partie gagné par le serment : pour savoir si la dot d'une femme a été réellement comptée au jour du mariage, dans les termes convenus, on s'en rapporte « au serment de celle qui l'apportait ». — On

(1) G. Lebon. Les Premières civilisations, p. 323.

se fie encore au serment du débiteur, pour savoir si les détournements de valeurs successorales ont été commis par celui qui a eu la possession du patrimoine du défunt.

Le nombre des témoins a varié, mais il a toujours été considérable : de deux jusqu'à douze et davantage, il en fallait beaucoup dans tous les cas. Mais le droit égyptien a su graduer les garanties, qu'il en pouvait tirer, d'une façon intelligente : il n'est pas sans intérêt de remarquer qu'il ne mesurait pas la quantité des témoins à la valeur pécuniaire de l'obligation. Il ne faisait pas comme notre droit qui distingue, pour exiger plus ou moins de précautions, selon que la somme est inférieure ou supérieure à 150 francs (1). Il semble plutôt s'être attaché à la nature de l'opération juridique constatée dans l'acte : ainsi, pour les actes graves, ceux qui transféraient immédiatement la propriété, ou les actes de prêts emportant hypothèque, il fallait réunir 8 ou 16 témoins au lieu de 4 ou 8 dans des conventions moins importantes.

Dans sa seconde période, depuis Boccoris, le droit égyptien fut l'objet d'une réglementation minutieuse : la preuve écrite avait eu pour but d'apporter plus de sécurité dans les relations. Cependant, il ne semble pas qu'elle l'ait complètement atteint. Son usage restait dangereux par un côté, car il prêtait à la possibilité de surcharges : certaines ont été constatées, apportées intentionnellement à des clauses principales.

Dans l'ensemble, nous trouvons, dans le droit égyptien les deux phases qui semblent constituer deux termes de l'évolution dans le droit particulier des peuples : une époque ancienne qui offre une législation simple, mais peu développée à forme orale; une autre qui lui succède

(1) Révillout, *loc. cit.*, p. 72.

avec les progrès de l'écriture, où celle-ci devient la forme du contrat et le moyen de le prouver.

Malgré la brusquerie apparente de la réforme de Boccoris, il ne semble pas que le passage de l'une à l'autre ait été trop accentué. L'Egypte nous offre une histoire de cinq mille ans, dans laquelle les transitions, qui peuvent paraître forcées dans un résumé, ont dû s'opérer lentement. La forme orale a laissé des traces dans les premières rédactions des écrits qui attestent que la transformation s'est opérée progressivement. « On peut remonter ainsi, sans effort, d'une période à une autre, de celle des contrats écrits à celle des contrats verbaux, sous forme de discours, de la partie qui s'oblige ou qui abandonne quelque droit... » (1).

La preuve écrite a été le dernier terme de l'évolution, comme à Rome, mais d'une manière plus accentuée : les Egyptiens se la sont adaptée avec une force particulière. Pourquoi en a-t-il été ainsi ? Peut-être parce que leur esprit, tourné toujours vers l'éternel et l'indestructible, suivait sa tendance naturelle, en retrouvant en elle les caractères de durée et de fixité qu'il aimait à imprimer aux choses.

II. — Chaldée-Assyrie

L'Assyrie fut, par excellence, le pays de l'écriture. Tout ce que nous en savons nous montre une civilisation assez avancée à ce point de vue : les fouilles ont découvert des bibliothèques contenant de nombreux ouvrages écrits sur des briques soumises ensuite à la cuisson. Le même procédé était usité en matière juridique : nous possédons beaucoup de briques sur lesquelles sont écrits des contrats très détaillés, contenant des clauses

(1) Révillout, eod., 2e leçon in fine.

qui ont dû être longuement méditées (1). Rien n'y est oublié, on se croirait presque devant des contrats modernes.

La preuve se trouvait ainsi assurée avec une fixité indélébile : les contrats étaient écrits, au moyen d'un stylet, sur des tablettes d'argile formées de deux couches, contenant chacune leur rédaction, et que l'on passait successivement au four. Lorsqu'une contestation s'élevait, on produisait le rouleau d'argile sur lequel on n'avait qu'à lire la convention. Si on y trouvait les traces d'une altération quelconque, soit que volontairement on ait essayé de fausser le contrat, soit qu'un accident l'ait en partie détruit, il suffisait de briser la première enveloppe, la seconde, facilement mise à nu, offrait la teneur exacte du contrat litigieux; la preuve était faite (2).

Les Chaldéens et les Assyriens ne semblent pas avoir pratiqué un autre moyen de preuve que celui de l'écriture, du moins comme règle usuelle. Ils connaissaient la preuve testimoniale, mais il la considéraient comme secondaire, et ne recouraient à elle qu'en l'absence de témoins. Dans ce cas, ceux-ci déposaient sous la foi du

(1) Voici l'exemple d'une vente cité dans G. Lebon, *op. cit.*, p. 540 : « La vente d'une maison en construction, avec ses poutres, ses colonnes, ses matériaux, située dans la ville de Ninive, bordée par la maison de Mannuki-Ahe, bornée par la maison de Ankia, bornée par la place des marchés. — Et Sil-Assur, le préposé égyptien, l'a acquise moyennant une mine d'argent de Sarladuri, de Ahassuru, et de la femme Amat-Sula, l'épouse de son mari... ». Cette citation suffit à nous indiquer le soin qui devait présider à la passation d'un contrat.

(2) Selon G. Leron, les morceaux d'argile sur lesquels on écrivait les contrats avaient « la forme de nos morceaux de savon de toilette ». *Op. cit.*, p. 500. — Les fouilles n'ont pas amené la découverte d'un papier ou d'un parchemin quelconque : il est cependant peu probable que Babylone n'en ait pas connu l'usage. Mais en fait, ils ne servaient sans doute que très rarement ou pas du tout.

serment : telle était, du moins, la législation du Code d'Hammourabi (1).

On les faisait cependant intervenir en assez grand nombre à tous les actes écrits, afin d'apporter une garantie de plus : ils apposaient leur cachet à la suite de la rédaction du contrat ; ce cachet, qui remplaçait leur signature, s'imprimait très bien sur l'argile encore fraîche. Ceux qui étaient trop pauvres pour se payer le luxe d'un cachet, imprimaient un ou plusieurs coups d'ongle.

Le rôle important de l'écriture dans l'empire de Ninive et de Babylone peut s'expliquer par la faveur que ces peuples accordaient aux règles fixes et précises. Leur tempérament belliqueux (et leur histoire, toute remplie du bruit des armes, en est la preuve) devait préférer un élément formel qui, dans les relations entre particuliers, tenait lieu de l'autorité, que corrélativement le pouvoir central faisait sentir sur toute la nation.

III. — Phénicie

Les Juifs ont admis la preuve testimoniale d'une façon très extensive; et cela se comprend lorsqu'on sait la manière dont ils rendaient la justice. C'était aux portes des villes, dans les endroit où se conservait la tradition, que siègaient les tribunaux. Là, il était facile de trouver des personnes qui, lorsque le besoin serait venu, attesteraient la réalité des contrats passés en leur présence. Aussi ne chercha-t-on guère d'autre manière de les prouver.

(1) Ce code est le plus ancien monument législatif qui nous soit connu; il a pendant très longtemps été en vigueur, puisqu'il régnait encore sous Assurbanipal, c'est-à-dire mille ans après son créateur Hammourabi. Il semble peu s'occuper des preuves. V. Dareste, le Code d'Hammourabi dans Nouv. Rev. Hist. de Droit, 1903, p. 5 et s.

Lorsque les formalités ont été accomplies et que les consentements ont été obtenus, les parties s'adressent au peuple et en particulier aux plus anciens, pour appeler leur attention sur ce qui vient de se passer; et ceux-ci répondent : « Nous en sommes témoins » (1). La plupart des exemples que nous avons du droit Hébreu nous indiquent que les choses se passaient de la sorte : ainsi fut faite, par Ephron à Abraham, la vente d'un terrain pour y élever un tombeau; — ainsi encore la cession de ses droits de proximité faite par l'héritier le plus proche, à Booz (2) — et de même, l'acquisition faite par Jérémie, à Hannael, fils de Selum (3).

Ne connaissant guère que la preuve par témoins, les Juifs se sont occupés de la réglementer, pour lui faire produire les meilleurs effets.

Leurs principes, il est vrai, ne furent pas toujours exempts d'une trop grande restriction : ainsi, cette règle qui exigeait la déposition de deux personnes pour faire

(1) Dareste. Etudes d'Histoire du droit, page 31.

(2) Pour bien montrer comment la présence des témoins se manifestait d'un bout à l'autre du contrat, nous citons, à titre d'exemple, les principaux passages de cette cession, dans lesquels on la voit apparaître. Booz amène d'abord les témoins et les invite à prendre place pour assister à la conclusion du contrat : « Tollens autem Booz decem viros de senioribus civitatis dixit ad eos : Sedete hic. » Puis quand ils se sont assis, il expose les conventions : le plus proche de Mahalon lui cède son droit de proximité, et comme signe de la vente, on procède à l'enlèvement de la chaussure (testimonium cessionis in Israël). C'est alors que Booz fait appel aux témoins : « At ille majoribus natu et universo populo : Testes vos, inquit, estis Hodie quod possiderim omnia quæ fuerant Elimeleck, et Chelion, et Mahalon tradente Noëmi. — Et Ruth, Moabitidem, uxorem Mahalon, in conjugium sumpserim, ut suscitem nomen defuncti in hereditate sua, ne vocabulum ejus de familia sua ac fratribus et populo deleatur. Vos inquam hujus rei testesestis. — Respondit omnis populus qui erat in porta, et majores natu. Nos testes sumus : faciat Dominus hanc mulierem quæ ingreditur domum tuam, sicut Rachel et Liam, quæ ædificaverunt domum Israël ut sit exemplum virtutis in Ephrata, et habeat celebre nomen in Bethleem ». Ruth, cap IV, 1 à 11.

(3) Le Gentil. Essai Historique sur les preuves, pages 27 à 32.

la preuve : le témoignage d'un seul était dénué de tout effet (1). Nous retrouverons cette prescription dans le droit romain du Bas-Empire et dans notre ancien droit, mais l'origine première en doit être cherchée dans la législation hébraïque. Elle apportait au juge une mesure de certitude légale qui pesait sur sa décision.

Mais, d'une façon générale, le droit juif comprenait assez bien le fonctionnement de la preuve testimoniale : les dépositions avaient lieu à l'audience, afin que le témoin fût en relation directe avec le juge qui devait utiliser ses déclarations. — On demandait aux témoins des déclarations franches et précises, qu'ils puissent baser sur des constatations personnelles : ils devaient dire ce qu'ils avaient vu et entendu. — Et pour arriver à obtenir d'eux la parole vraie, le juge prenait la peine de rappeler, à chacun d'eux, les conséquences du faux-témoignage : elles comportaient la peine du taiion.

Enfin, pour ne pas laisser venir, devant les tribunaux, des affirmations inutiles ou dangereuses, la loi des Hébreux écartait certaines personnes comme suspectes. A côté d'autres exclusions, qui n'ont rien de particulier parce qu'on les trouve dans la plupart des législations, nous citerons celles qui étaient prononcées contre les femmes, les esclaves, les impies, les aveugles, les sourds-et-muets, etc... On peut trouver que, sur ce point, le législateur avait dépassé la mesure d'une juste sévérité : on ne comprend pas bien pourquoi la déclaration d'une femme n'aurait pas valu celle d'un homme, ni pourquoi celle d'un esclave n'aurait pu, dans certains cas, tout au moins, être aussi honnête que celle d'un homme libre, etc... Mais ce qui étonne notre com-

(1) En matière criminelle, il fallait même une concordance absolue de tous les témoignages jusque dans les plus petits détails.

préhension d'hommes modernes devait sembler assez naturel à un peuple beaucoup plus jeune. Ce qui le prouve, c'est que, même dans des législations plus libérales, on se heurte parfois à cette conception.

La preuve écrite se trouvait, on le comprend, réduite de toute l'importance qui était accordée à la preuve testimoniale. Il est même probable qu'elle est demeurée totalement inconnue pendant un très long temps. Ce qui le justifie, c'est l'hostilité que les Juifs ont témoignée à son égard.

En tous cas, elle n'a jamais été beaucoup usitée : on ne recourait à elle, que dans des cas tout à fait exceptionnels, et les textes sacrés ne la mentionnent que dans des cas très rares. La Bible l'exige d'une façon formelle pour le divorce : l'acte de divorce devait être écrit. — On recourait encore à des écrits lorsqu'il s'agissait de prouver la généalogie d'une personne. — Enfin, nous savons que le contrat de mariage de Tobie fut passé par écrit, ce qui nous donne à penser que celui-ci devait être nécessaire pour les actes de ce genre.

Il semble aussi que les obligations ont pu se contracter dans cette forme, mais il fallait alors faire intervenir certains témoins.

En définitive, l'écriture était peu employée chez le peuple hébreu : C'était, sans doute, à cause de son caractère pastoral et parce qu'il devait être peu cultivé : il fut, en effet, pendant longtemps, défendu aux Hébreux de dresser des caractères hébraïques.

C'est sur la preuve testimoniale qu'avait été, par ces causes mêmes, porté tout l'effort du législateur.

IV. — La Grèce

Le droit Grec a admis la preuve testimoniale d'une manière très large, aussi bien en toutes matières, où on

pouvait en user, qu'à l'égard d'un très grand nombre de personnes.

Les témoins pouvaient être entendus dans les procès civils, commerciaux et criminels, comme dans ceux qui roulaient sur un intérêt public ou sur un intérêt privé.

On ne regardait pas non plus de qui émanaient les dépositions : quiconque pouvait venir déposer en justice, et le juge écoutait ses déclarations. Le droit hellénique ne poussait pas très loin son système d'exclusions : seuls, les condamnés et ceux qui étaient intéressés au procès ne pouvaient pas déposer valablement, auxquels il convient d'ajouter les esclaves dont les dires n'étaient reçus que s'ils avaient été soumis à la torture.

En dehors de ces faibles exceptions, tout le monde pouvait être témoin : la loi allait même jusqu'à admettre la déposition des parents et des alliés, sans aucune distinction de degré : si proche soit-il, le parent était toujours entendu, au même titre qu'un étranger : un frère, par exemple, pouvait déposer contre son frère, aussi bien qu'en sa faveur. — Pareillement, on pouvait entendre les domestiques.

Il n'y avait à cette règle qu'un tempérament très légitime : si on pouvait entendre les parents et les serviteurs, du moins on ne pouvait, lorsqu'ils voulaient se retirer, les obliger à apporter devant la justice les choses qu'ils connaissaient : ce tempérament n'enlève rien à la large conception du témoignage en Grèce : il est assez naturel de permettre aux membres de la famille de ne pas venir accabler ceux qui leur sont chers.

Mais, lorsqu'on pouvait se procurer de semblables témoins, il semble qu'ils étaient très considérés : ils formaient probablement ceux que l'on choisissait de préférence dans la preuve préconstituée.

Il y a quelques particularités à relever sur la manière dont se faisait, dans le droit Grec, la déposition elle-même :

Le témoin pouvait présenter son témoignage sur l'affaire litigieuse, soit de vive voix, soit par écrit : dans ce dernier cas, il apportait une tablette, revêtue d'une couche de craie ou de cire, sur laquelle il avait rédigé soigneusement tout ce qu'il savait. L'intérêt que présentait cette distinction était que seules les dépositions écrites, parce qu'elles étaient conçues en termes définis sur lesquels on ne pouvait se méprendre, risquaient d'être attaquées par la voie de l'inscription de faux.

Il y a un autre point intéressant à relever au cas où se rencontraient plusieurs personnes devant témoigner dans une même procès : elles pouvaient, au préalable, se réunir et s'entendre pour ne faire qu'une déposition collective (1).

Comme dans la plupart des législations, on ne demandait aux témoins que de faire des déclarations personnelles, c'est-à-dire de déposer uniquement sur ce dont ils avaient eu connaissance directe, *de visu aut auditu*.

La législation grecque semble avoir très bien compris la preuve testimoniale : elle l'a organisée dans le but d'arriver à la libre manifestation de la vérité : tous ceux qui avaient une connaissance quelconque des faits contestés étaient obligés de l'apporter devant les tribunaux (sauf la restriction précitée à l'égard des parents et des domestiques). Là, les dépositions avaient lieu en public, et contradictoirement : on pouvait discuter et poser des questions aux témoins. — D'un autre côté, nous avons vu que très peu de personnes étaient écartées pour ces

(1) Pour tous ces points, voir Le Gentil, *op. cit.*, p. 155 et s.

causes de suspicion que l'on trouve en beaucoup plus grand nombre dans la plupart des autres législations antiques et même modernes. — Sans doute, on se gardait bien d'assimiler toutes les paroles, de leur accorder la même croyance. On tenait compte de ces nombreux éléments que constituent la pauvreté, l'honnêteté, l'inimitié pour une personne mêlée au procès, etc., et qui, très généralement, influent sur le caractère des déclarations qu'elles inspirent. Mais au lieu d'en faire, comme partout ailleurs, des raisons d'écarter *a priori* les dépositions sur lesquelles elles peuvent avoir pesé, le droit grec s'était gardé de rien statuer à leur égard. C'était aux avocats qu'il appartenait de scruter les paroles prononcées en tenant compte de la condition sociale et des habitudes morales de leur auteur.

En définitive, la loi hellénique avait adopté cette sage règle qui prescrit au juge de se décider d'après sa conscience : les témoignages se pesaient et ne se comptaient pas. Elle n'indique rien d'analogue à l'ancienne prescription mosaïque, qui ne voyait une preuve que dans les dépositions de deux personnes. Le juge appréciait souverainement la foi qu'il convenait d'accorder aux documents du procès : les témoignages ne le liaient en aucune façon, puisque c'était lui qui devait rechercher s'ils n'étaient pas affectés d'un vice quelconque.

Les Grecs ont aussi connu la preuve écrite sous diverses formes, mais ils ne paraissent pas lui avoir attribué le rôle principal : elle intervient beaucoup moins que la preuve testimoniale, et se suffit assez rarement à elle-même.

Elle comprenait d'abord des actes publics qui étaient de deux sortes : les registres de l'état civil sur lesquels on inscrivait l'introduction de l'enfant dans la phraa-

trie (1), — et les registres du trésor, qui contenaient les noms des condamnés à l'amende (2).

La Grèce pratiqua également les actes privés, mais leur théorie n'y atteignit pas le même développement qu'à Rome, par exemple : ainsi, Athènes ne connut pas les officiers publics ayant mission spéciale d'instrumenter. Il n'y avait donc pas d'actes authentiques. — Les actes privés étaient des chirographa et des syngrapha, mais ils n'étaient pas obligatoires, et ils étaient généralement passés devant des témoins. Ceux-ci pouvaient établir la preuve de la libération au cas où le créancier désintéressé n'avait pas effectué la remise du titre. Toutefois, dans une hypothèse particulière, la preuve écrite était indispensable, sans que rien pût la remplacer, lorsqu'il s'agissait de l'affrétement d'un vaisseau pour transport de marchandises.

Comme dernière forme de preuve écrite, il faut citer les registres des banquiers, mais ils formaient plutôt un commencement de preuve qu'une preuve complète.

(1) Beauchet. Droit privé de la république Athénienne, p. 341 à 355.
(2) Le Gentil, *op. cit.*, p. 174 et 175.

CHAPITRE II

LA PREUVE EN DROIT ROMAIN

I. Caractère de la preuve dans le très ancien droit romain. — 1. Le vieux droit romain a dû connaître la preuve légale. — 2. Les textes ne le prouvent pas d'une façon absolue. — 3. Mais cela se déduit de considérations générales : la preuve légale correspond au formalisme primitif. — 4. Les contrats solennels et la procédure rituelle font présumer que la preuve a dû également être embarrassée des formes de la preuve légale. — 5. Le rôle du magistrat ne semble pas avoir comporté non plus la liberté de décision, surtout avant la loi Pinaria. — 6. Enfin la tendance disciplinaire du droit romain primitif favorise cette solution.

II. La Preuve à l'époque classique. — 7. Le système de preuve est celui de l'intime conviction : comment a-t-il remplacé la preuve légale? — 8. D'abord parce que le droit romain s'est peu occupé des preuves.— 9. Ensuite par la disparition du formalisme et l'introduction de l'équité. — 10. Les textes établissent l'égalité des preuves devant le juge. La règle testis unus testis nullus est inconnue à l'époque classique. — 11. Cependant la loi exclut de nombreux témoignages, mais en fait il y a des atténuations. — 12. La déposition se faisait dans un esprit très libre de manière à amener le plus de dépositions en justice. — 13. La naissance de la preuve littérale n'a pas enlevé au juge sa supériorité. — 14. D'ailleurs dans les actes privés et les actes forenses, elle a tiré sa force des témoins qui les corroboraient. Seuls les actes publics ont formé un mode indépendant de preuve littérale.

III. La Preuve au Bas-Empire. — 15. La liberté des preuves a été un peu restreinte au Bas-Empire, tout en restant l'inspiration directrice. — 16. C'est particulièrement dans le conflit des témoins et d'un écrit, qu'apparaît l'importance de la restriction.

I. — Caractère de la preuve dans le très ancien droit romain

On sait qu'en matière de preuves, le droit romain laissait au juge la liberté de se décider d'après son in-

time conviction, sans l'obliger à reconnaître aux modes produits devant lui une valeur tarifiée.

Mais ce système, que nous voyons fonctionner dans sa pleine maturité à l'époque classique, avait-il été admis par le vieux droit quiritaire ? Sans qu'il nous soit possible de donner une réponse bien catégorique à cette question, nous pensons, en nous appuyant sur de fortes présomptions, que les débuts de la législation romaine ont dû connaître la preuve légale, celle-ci se trouvant dans le cadre de son formalisme primitif.

La première idée que l'on ait est naturellement de chercher dans les textes, une solution qui s'impose; mais ceux que nous a laissés la première période du droit romain sont rares et peu décisifs; ils se résument dans la loi des XII tables, qui contient seulement de courtes et accidentelles dispositions sur les preuves, dont, de plus, le sens n'est pas toujours bien net (1).

Elles nous indiquent que les dépositions orales furent alors le moyen normal qui servait à établir en justice la vérité des prétentions soutenues; c'est, du moins, ce que l'on peut induire de quelques passages, car le texte décemviral ne mentionne nulle part de règle générale sur la matière (2): mais c'est le seul mode de preuve auquel il fasse allusion, et cela nous suffit. Une législation encore fort jeune ne peut guère connaître que des procédés oraux pour prouver les faits juridiques. Le pre-

(1) Nous ne parlons pas des leges regiæ, car elles ne contiennent presque exclusivement que des prescriptions d'ordre religieux : d'ailleurs elles forment un monument juridique trop douteux pour nous fournir un sérieux appoint.

(2) Cette loi ne s'occupe en effet de la preuve testimoniale qu'à propos de certains détails : La T. II, fr. 3, indique probablement la manière de citer les témoins en justice. — La T. VIII, fr. 22, frappe d'infamie les témoins instrumentaires qui refusent de déposer. — La même Table, fr. 23, ordonne de jeter les faux témoins du haut de la Roche Tarpéienne.

mier système des preuves à Rome comporta donc la prédominance de la preuve par témoins; là-dessus on ne peut guère avoir de doute.

Mais il serait intéressant de savoir d'une façon plus précise quel emploi fut réservé à ce mode de preuve : s'imposait-il au juge dans un moule figé, selon le formalisme originaire, ou bien celui-ci jouissait-il déjà d'une certaine liberté ?

Or, sur ce point, les textes ne nous éclairent plus; ils ne semblent pas tout à fait hostiles à la preuve légale (1), mais ils sont loin d'être décisifs : tout au plus peut-on, de la solennité avec laquelle on procédait à la citation des témoins en justice, présumer que la déposition devant les tribunaux devait être également formaliste (2).

Nous en sommes donc réduits à des conjectures, car on ne peut, en dehors des textes, trouver de solution certaine; toutefois, nous croyons, comme nous le disions en commençant, qu'on peut trouver dans des considérations générales des motifs de douter que la liberté des preuves ait toujours été le système romain.

Dans l'ensemble, on se figure mal une législation aussi formaliste que le vieux droit romain et qui jouirait, à l'égard des preuves, d'une absence complète de réglementation : ce serait un manque d'harmonie, qui dénoterait des inspirations opposées se faisant sentir à la fois dans une même législation, et c'est ce à quoi nous ne pouvons souscrire. Le droit reflète dans toutes ses parties la tendance dominante de l'époque, sans qu'aucune soit à l'abri de son influence; c'est même par le détail des prescriptions particulières que l'idée générale

(1) Voir t. III, fr. 1.

(2) Ce n'est là qu'une bien maigre raison; et encore faut-il supposer, pour ne pas la ruiner complètement, qu'on s'entend à donner à la T. II, fr. 3, le sens que nous avons adopté. Voir page 53, note 2.

trouve moyen de se préciser davantage. Les peuples qui ont été assujettis à un étroit formalisme ont admis la preuve légale comme une de ses manifestations; or, il est inutile d'insister sur la rigueur avec laquelle étaient imposées des formes réglées et solennelles par le vieux droit des quirites; il se résume tout entier dans ces deux mots : formalisme, simplicité (1).

Cependant, il faut essayer de préciser davantage, de relever, bien que sans insister, la trace de ces caractères dans les diverses parties du droit qui touchent d'assez près la théorie des preuves : si elles ont été formalistes, la preuve aura dû l'être aussi par contre-coup.

D'abord, les modes de preuve ont toujours eu une certaine corrélation avec la forme des contrats; et en effet, les deux se touchent de trop près pour n'être pas unis par quelques liens de parenté. Les premiers contrats romains sont formalistes et rituels à l'excès : le nexum, la sponsio, l'acceptilatio. Au milieu des premières étapes du droit, c'était fatal et indispensable. Le formalisme réalise un double but nécessaire à atteindre : ne laisser aucun doute sur la formation et l'instant de la formation du contrat: faciliter la sentence du juge en le dispensant de rechercher l'intention des parties. Celui-ci ne se croit pas capable de découvrir tout seul la vérité, mais son respect pour la loi lui fait attribuer cette vertu à des procédés rigoristes qui le dispensent de faire appel à son sens critique. En un mot, le formalisme enlève le doute et supprime l'appréciation personnelle : il faut matérialiser le droit : on y arrive en faisant précéder la formation du contrat d'un signe sensible, dont la portée demeurera toujours identique, et qui produira un effet simple et unique. D'autre part, le juge ne pourra attri-

(1) Chausse. Cours de droit romain.

buer à ce signe ni une autre valeur, ni un autre effet. Enfin, les solennités gravent leur empreinte dans la mémoire des témoins (1), surtout à cette époque où on attache un caractère sacré à tout ce qui revêt l'aspect d'une cérémonie : ce respect religieux pour les rites d'usage provoque leur volonté et les dispense ainsi de tout effort d'attention.

Comment, dès lors, concevoir que l'on puisse faire librement la preuve d'un contrat dont la formation et l'existence dépendent de telles exigences ? Dans cette genèse de la convention, où tout se prépare et s'accomplit d'après un rituel imposé, il est peu probable que, pour la prouver, on ait pu s'affranchir de l'esprit formaliste qui l'avait inspirée.

Après la forme des contrats, les règles de la procédure semblent autoriser la même conclusion. Quand le juge est libre de choisir les bases qu'il donnera à sa conviction, c'est qu'il n'en est point empêché par des formes encombrantes ; les législations formalistes sont, au contraire, incompatibles avec l'idée de liberté : tout se tient et s'enchaîne dans le droit : la liberté des preuves suppose la liberté des formes dans la procédure. Or, la procédure des actions de la loi était aussi symbolique que les contrats : les parties ne peuvent faire valoir leurs prétentions qu'en suivant les voies difficiles d'n rituel déterminé ; la prononciation de paroles sacramentales, l'accomplissement de certains gestes, les emprisonnent dans le cadre étroit de formules de revendications, qui ne laissent à leur libre arbitre aucune occasion de se manifester. Toute prétention doit nécessairement s'astreindre à cette exigence ; surtout elle doit trouver une loi qui lui serve de fon-

(1) Bonnier. Traité théorique et pratique des preuves, t. I, p. 155 et 156.

dement, dans laquelle elle s'incarne : nulla actio sine lege (1).

C'est que, dans son ensemble, le caractère de la vieille procédure n'était pas la recherche aisée de la vérité, mais l'affirmation solennelle par la partie de son droit; nous ne sommes pas bien loin de la justice privée; le plaideur lui-même poursuit en justice, par sa soumission au rite prescrit, la réalisation de son droit : « Ainsi, les formes de la procédure qui, aujourd'hui, fournissent au juge les moyens de découvrir plus sûrement la vérité, avaient, dans l'ancienne Rome, pour but, de subordonner l'exercice de la justice privée à l'existence d'un droit incontestable et publiquement affirmé » (2).

Nous ne voyons pas comment la liberté des preuves aurait pu se glisser dans une réglementation si serrée : probablement, la preuve a eu des caractères analogues à ceux de la procédure, car les formes auraient été sans utilité, si elles avaient abouti à donner au magistrat une entière latitude. D'ailleurs, si on vient en justice surtout pour y affirmer son droit, n'est-ce pas qu'on est incapable de séparer la forme, de la simple recherche de la vérité : ainsi entendue, la preuve devient une subtilité qui a dû échapper à l'homme grossier de cet âge, où le rite, plutôt que l'élément intellectuel, détermine le succès du droit. En tous cas, l'esprit primitif confond ces deux éléments, ou tout au moins n'a pas encore découvert que le premier empêche de voir le second qui est beaucoup plus important. Il veut faire, simplement encore, consacrer sa prétention par l'autorité d'une force supérieure.

Cette confusion de la preuve elle-même et du rite se

(1) Fustel de Coulanges. La cité antique, p. 228.
(2) Cuq. Institutions juridiques des Romains, t. II, page 406.

trouve confirmée, croyons-nous, par le rôle du magistrat romain. Dans un procès, tout doit se tenir : la procédure doit avoir pour but de préparer et d'aboutir à la production des preuves : on ne comprendrait pas l'exigence des formes déterminées qui n'auraient aucun rapport avec le résultat final; il faut donc que celui-ci se rapproche de tout ce qui l'a préparé, par des caractères analogues, provenant d'une seule conception. Or, le magistrat de l'antique droit romain ne se préoccupait sans doute pas tellement d'arriver à la pure vérité. La découverte de celle-ci deviendra bientôt l'office exclusif du juge. Mais lui se bornait à assurer l'accomplissement des formalités, afin de donner aux prétentions le cachet qui attestait l'intervention de l'autorité publique.

Il en était surtout ainsi avant la loi Pinaria (1); le magistrat était alors chargé de toute l'instruction : devant lui se déroulaient toutes les phases de l'instance, et par suite aussi, la production des preuves; il est donc vrai-

(1) La loi Pinaria est du début du IVe siècle de Rome : tous les auteurs ne lui reconnaissent pas la même portée : le désaccord vient d'un passage de Gaïus : « Ut autem die XXX judex daretur, per legem Pinariam factum est; antea eam autem legem... dabatur judex ». G. IV. 15. Le mot qui manque peut selon l'opinion que l'on adopte se remplacer par statim ou par nundum. Très généralement, c'est le premier que l'on choisit. On admet alors que cette loi eut pour but de donner aux parties un délai de 30 jours, pour préparer leur cause, passé lequel, elles viendraient demander au préteur la nomination d'un juge. Les arguments de texte qu'on invoque dans ce sens peuvent être réfutés (voir P. Geffroy. Des preuves en droit privé, page 16, note 1). Mais l'allure générale de la phrase ne semble pas défavorable à cette solution. Cependant nous admettons l'avis opposé : d'abord il ne jure pas avec le texte: loin de là. Ensuite il donne à la loi une meilleure raison d'être : il sert, en effet, à l'expliquer comme une conséquence de la divulgation des formules par Cnæus Flavius qui l'a sans doute précédée de peu de temps : quand les patriciens détenaient seuls les formules, on comprend qu'ils aient gardé l'entière direction du procès. Mais quand le secret leur fut enlevé, on cessa de respecter autant ce qu'on n'ignorait plus, et on vit dans l'installation d'un juge une garantie plus équitable, à laquelle jusque-là on ne pouvait pas songer (Geffroy, eod.).

semblable de supposer qu'il ne jouissait pas à cet égard d'une plus grande indépendance que dans les autres parties de la procédure.

Mais cette loi obligea sans doute le magistrat à mettre, entre les mains d'un judex privatus, le soin de trancher l'affaire au fond : là, se trouve peut-être l'origine du système de l'intime conviction; car on ne pouvait demander, à un simple particulier, d'être versé dans la science juridique: les textes étaient trop compliqués pour qu'il puisse en appliquer les solutions. Tout ce qu'on pouvait exiger de lui, c'était qu'il juge en son âme et conscience, qu'il apprécie sainement les faits, équitablement surtout. Le développement du droit postérieur à la loi Pinaria put donc voir disparaître la preuve légale. Mais encore témoigne-t-il d'un passé qui ne fut pas semblable: il nous présente, en effet, une très importante intervention du magistrat dans le procès, intervention de plus en plus considérable, puisqu'elle finira au Bas-Empire, grâce à la généralisation de la procédure des cognitiones extraordinariæ, par le laisser seul maître du procès, chargé de ce rôle d'équité qu'il ne pouvait pas remplir au début du droit romain. Et cette mission importante, il n'aurait pas eu besoin de l'accaparer s'il avait pu la remplir autrefois; mais, dans le vieux droit romain, le point capital consistait à bien observer le rite ordonné : c'est à quoi le magistrat était chargé de veiller. C'est toujours lui qui a eu le premier rôle dans le procès : quand le sort de celui-ci dépendait de cérémonies légales, il était chargé de les régler; mais quand on verra que l'essentiel dans le litige est la libre appréciation du droit, c'est à lui qu'on la confiera.

De ces caractères généraux du vieux droit romain, il ressort que le régime de la preuve légale était le seul qui cadrait avec son esprit.

Une dernière raison nous confirme dans cette idée : le formalisme marque le droit d'un peuple jeune, qui a besoin de se développer. Ce droit, pour grandir, a besoin de chercher les solutions rigides, fatales, les règles impératives. C'est celui de l'époque où Rome forge sa volonté dans une discipline sévère, où elle se forme au contact de principes invariables. Il lui faut, dans toutes les occasions de la vie, des préceptes faciles à appliquer, qui soient toujours des moyens de discipline, mais elle refuse tout ce qui permet la discussion, ou qui exige une analyse minutieuse et une appréciation délicate (1) : Or, la liberté des preuves suppose un arbitraire et un sentiment de l'équité que ne connaissait pas le vieux droit des Romains; elle ne peut donc être que le résultat d'un progrès, et se pratiquer dans une période avancée, comme s'étant substituée à un mode plus défectueux.

II. — La preuve a l'époque classique

L'époque classique présente, en matière probatoire, le système qui a justement caractérisé le droit romain : celui de l'intime conviction : le juge est libre de chercher où il veut les motifs de son jugement, car sa mission consiste uniquement à donner la sanction de l'autorité publique à la sentence que sa conscience lui impose; les textes lui laissent, à cet égard, la plus entière liberté.

Mais de quelles causes est sortie cette révolution dans la conception de la preuve, substituant aux anciens procédés solennels une complète faculté d'administration ?

(1) Ce n'est pas tant l'observation même de la forme qu'il y a de remarquable dans le droit romain ancien, car elle peut s'appliquer à tous les peuples primitifs, mais la force et la leçon d'énergie qu'il a voulu en retirer. Jhering a dit très justement : « Le formalisme fut pour le droit romain la même école de discipline et d'ordre qui gouvernait le peuple dans les camps ». Esprit du droit romain, vol. 1, p. 265.

c'est la première question à laquelle nous devons essayer de répondre avant d'exposer le fonctionnement du système.

D'abord l'oubli, en partie voulu, que le droit romain affecta à l'égard des preuves dut avoir pour effet de les livrer à l'arbitraire des tribunaux : il voyait, en elles, une préoccupation d'ordre inférieur qu'il convenait de laisser de côté. C'est que l'esprit romain voulut faire du droit une véritable science : aussi s'intéressera-t-il surtout au jeu des principes juridiques. Ce qui attirait le jurisconsulte, c'était l'étude des lois plutôt que les questions de faits soulevées par l'application détaillée de ces lois à la vie; il voyait dans le cas une hypothèse juridique plutôt que la contestation même des parties opposées. Et il laissait de côté tout ce qui ne relevait pas directement de la pure spéculation intellectuelle; la preuve, qui n'est purement qu'une question de faits, ne pouvait être comprise dans cette étude supérieure de la sciencia legum. La loi donc n'avait qu'à l'ignorer, la livrer à l'appréciation personnelle du juge ; elle ne pouvait occuper qu'une place très secondaire, car le droit dérive d'une étude vraiment scientifique, tandis qu'elle n'est qu'une question d'espèces. Fidèle à cette inspiration, le législateur romain a ignoré la théorie des preuves, parce que, dans son ensemble, il l'a considérée comme un simple accessoire. Les textes, sans doute, ne la laissent pas dans une ignorance complète, mais on voit qu'ils ne s'en inquiètent guère.

De plus, nous avons une trace de cette défaveur, qui frappait la preuve dans la séparation que les mœurs romaines ont établie entre les jurisconsultes et les orateurs (1). Les premiers étaient plus considérés parce que

(1) Cuq, *loc. cit.* : « Au temps de Cicéron les jurisconsultes comme Aquilius Gallus dédaignaient de s'occuper de la question de preuve dans un pro-

leurs avis s'inspiraient de l'idéale recherche du vrai dans le jeu des principes abstraits; les autres, advocati, rhetores, cherchaient tous les arguments possibles pour convaincre le juge (1), et par suite, ne bénéficiaient pas de cette admiration supérieure.

Enfin, cette explication se comprend davantage si on accepte le rapprochement que nous avons établi entre la divulgation des formules et le vote de la loi Pinaria, et si on admet, avec nous, que cette loi eut, pour principal but, d'installer un juge à côté du magistrat : jusque-là, la preuve avait pu demeurer confondue avec tout le reste du droit dans les rites procéduraux que surveillait le magistrat: désormais, la nomination d'un judex privatus sans connaissances spéciales commandait la libre conviction.

Mais la position singulière que la loi romaine avait prise à l'égard de la preuve n'était pas la seule cause qui favorisât cette conception; la disparition du formalisme dut l'aider aussi à produire ce résultat, qu'on la

cès. Bœth. (Or. I, 346) Nihil ad nos inquiebat et ad Ciceronem potius consulentes id est ad rhetorem remittebat », page 760, note 7.

(1) Dans les temps anciens les avocats ont joui d'une grande considération attachée à l'exercice de la fonction elle-même, la comprenant comme une profession sociale désintéressée. Par la suite, il n'en fut pas toujours ainsi, et la lex Cincia vint leur défendre de recevoir une rémunération pour leurs plaidoiries. A partir de la fin de la République, et même avant, la profession d'avocat est plutôt un métier lucratif qui permet de recevoir de gros honoraires. Il faut cependant relever, pour l'honneur du barreau, que les grands noms des ancêtres de l'éloquence étaient les gens les plus vertueux. Cicéron plaidait gratis, « conservant une noble indépendance vis-à-vis du parti conservateur, et réalisant, à la perfection, l'idéal ancien de l'avocat, qui n'admettait pas que l'assistance légale fût une profession rétribuée, mais la considérait comme un devoir social accompli par les riches gratuitement ». Ferrero, Grandeur et décadence de Rome, tome I, la conquête, p. 211 et 212. Pendant toute sa vie, Cicéron observa cette noble règle de conduite : Ferrero eodem, p. 262.

considère en elle-même ou dans les influences qu'elle traduisit.

Le relâchement des formes devait être favorable à la liberté des preuves : du moment qu'on supprimait, en toutes matières, contrats et procédure, les entraves du formalisme, on devait encore moins songer à les conserver pour une matière qu'on laissait plutôt ignorée de la loi. Si les contrats se forment plus librement, soit par les graves atteintes portées aux anciens modes, soit par la création de modèles plus libres, il est naturel que la preuve soit, par là même, rendue plus facile parce que dégagée de ses anciens liens. — Si, en même temps, les nouvelles formes de la procédure permettent des procès plus compliqués, s'il n'est plus nécessaire de formuler sa prétention, de telle sorte qu'elle soit seulement susceptible d'un oui ou d'un non, c'est qu'une plus grande liberté d'appréciation a été donnée au juge. — De là autant de nuances qu'autrefois la preuve ne pouvait pas atteindre et qu'elle va pouvoir saisir maintenant. Par là se glissera une minutieuse analyse, qui exige une grande liberté. Le rôle du juge s'est considérablement élargi, et il est devenu plus difficile : il comporte une certaine appréciation, laquelle demande pour s'exercer une aisance reconnue.

Mais il est plus important de signaler les causes qui ont suscité ces atteintes portées au formalisme, que celles-ci elles-mêmes, car elles sont inhérentes pour ainsi dire à la liberté des preuves. Ce sont surtout des raisons d'équité et la notion de subjectivité qui ont, à l'époque classique, agi pour le transformer sur l'ensemble du droit romain:

L'équité demande que l'on tienne compte des sentiments de la conscience : elle est plutôt une révolte instinctive du cœur, une attestation du bon sens ,si l'on veut,

qu'une fine analyse de l'esprit : ce n'est point qu'elle ne procède pas de l'examen des intentions cachées, mais elle n'en est encore que l'avant-garde; et il faudra que le droit fasse un pas de plus pour arriver à découvrir véritablement par l'intelligence toutes les délicates subtilités qui animent la volonté dans les diverses manifestations juridiques. Notre but n'est pas de relever ici toutes les mesures d'équité qui sont l'œuvre de l'époque classique, mais de voir par quel moyen elles ont contribué à élargir les pouvoirs du juge : or, à ce point de vue, il faut signaler la création des actions de bonne foi qui lui ont permis de tenir compte d'une foule de circonstances. Restaient les actions de droit strict, dans lesquelles il ne pouvait éluder la quæsio du magistrat, mais il suffira de leur introduire la *clausula doli*, pour qu'il ait indirectement le moyen de s'inspirer de la *fides bona*. A côté, les actions *in factum conceptæ* permirent d'étendre son appréciation à des cas que n'avaient pas prévu la loi ni la coutume : il a suffi pour cela de décrire, dans la formule, les faits du litige. Par dessus enfin, l'action de dol permettait de trouver l'intention méchante. — Tout cela, sans doute, dérive de l'activité du préteur qui, lui, dirige les débats, et laisse au juge le soin d'examiner les preuves : son rôle était d'expliquer la loi (*interpretandi*), et il a fini par la compléter (*supplendi*), et la corriger (*vel corrigendi*). Mais ces progrès réalisés par le magistrat finissent devant le juge; le premier fixe le rôle du second; et voilà comment celui-ci, pour tenir compte de l'équité que le magistrat avait introduite dans la formule, devait forcément se laisser convaincre par tous moyens. Après tout, l'un se basait simplement sur une persuasion morale pour modifier sa formule; et, pour appliquer celle-ci, l'autre ne demandait à son tour que d'être convaincu.

Le progrès du droit romain a consisté à pousser tou-

jours plus loin ces réformes : d'abord, elles ne s'inspiraient guère que d'un bon sens primitif choqué par l'injustice du vieux droit rigoriste. Mais peu à peu la notion de subjectivité s'est développée : l'analyse des intentions est devenue plus minutieuse, plus subtile, plus intelligente : la distinction du juste et de l'injuste s'est affinée au contact de la civilisation grandissante et de son esprit plus cultivé : véritablement le droit romain est devenu plus subjectif : il analyse l'état d'âme, et c'est de cette conception plus délicate que s'inspireront désormais les règles postérieures.

Il convient maintenant d'entrer dans le détail du système de la liberté des preuves: et il ne sera pas sans intérêt, dès le début de voir avec quelle habileté le droit romain a su le concevoir; comment, surtout, il a employé pour le faciliter des instruments juridiques qui ont partout ailleurs été un obstacle à la même conception; ainsi les progrès de la civilisation amenèrent l'usage de plus en plus répandu de l'écriture, qui constituait un nouveau mode tout trouvé : mais qui risquait de devenir un obstacle au libre développement de la preuve, à cause de son caractère de fixité; fort heureusement le droit quiritaire sut utiliser à son avantage ce nouvel élément, d'abord en le faisant contribuer à la disparition du formalisme; ensuite en ne lui donnant pas une place supérieure à celle qu'il avait réservée à la preuve testimoniale.

Il commença par trouver dans l'écriture le moyen de se passer des vieilles solennités : c'est ce que témoigne le sort qui fut fait à la stipulation : l'usage s'introduisit de rédiger un écrit pour constater que les *verba* avaient été prononcées; cet écrit, cautio, rendait la preuve plus commode : mais alors on en arriva naturellement à mentionner l'accomplissement de formalités qui n'avaient pas eu lieu, sauf à l'une des parties d'offrir à prouver en jus-

tice l'absence de stipulation verbale. Maintenant l'écrit remplaçait directement les solennités. Enfin, mais sous Justinien, c'est-à-dire après l'époque classique, on ira plus loin : la preuve contraire sera refusée, à moins de montrer en justice que l'une des parties n'était pas présente au jour du contrat dans le lieu où il a été rédigé. Ainsi l'écriture servit à abandonner des modes usés, rendit la preuve plus facile, et par conséquent plus libre.

Il fallait, en outre, avec la preuve littérale, éviter un autre écueil, celui de lui donner un caractère obligatoire: c'est ce qu'a fait le droit romain en reconnaissant à la preuve testimoniale un très vaste champ d'application, et en lui permettant de servir même à l'encontre de la précédente.

Mais nous touchons par là à l'ensemble même de la théorie probatoire du droit romain : il nous reste à en exposer le fonctionnement, dans ses grandes lignes du moins.

Le juge, avons-nous dit, cherche où il veut les motifs de sa sentence; les textes l'établissent formellement. La loi 2-3. Dig. 22.5 le dit d'une façon très claire : c'est un rescrit d'Hadrien qui, après avoir dit qu'on ne peut définir les modes de preuve d'une manière sûre, dit au juge : « *Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te æstimare oportere quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.* » Même l'aveu et le serment ne sauraient le lier.

Cette conception a permis d'étendre très largement le champ d'application de la preuve testimoniale; même à la fin du droit romain celle-ci est restée le mode important par excellence, et c'est à peine si la preuve écrite a été exigée dans des cas particuliers. Mais à l'époque

classique, elle domine de beaucoup l'ensemble du droit, et c'est à elle qu'on a toujours recours.

Il en avait naturellement été ainsi pendant la royauté et les premiers temps de la République alors que le droit ne connaissait que des formes orales. Les périodes suivantes ne vinrent pas changer la situation, car la preuve par témoins était trop attachée à la vie romaine : l'existence extérieure des citoyens se déroulait devant les yeux d'autrui, de telle sorte que c'était surtout par des déclarations orales qu'on connaissait les choses. Il semble, il est vrai, que les bouleversements, qui ont agité, pendant longtemps, la société romaine au milieu des violences et de la corruption, auraient dû faire déconsidérer ce mode de preuve qui ne mettait pas les témoignages au-dessus de la vénalité et des mensonges de l'époque. Mais grâce au fonctionnement qu'il adopta, le droit romain sut éviter l'écueil qui aurait consisté, par exemple, à forcer le juge à se fier à des déclarations nombreuses. Sans doute, les témoins pouvaient avoir été achetés; mais leur quantité n'influait en rien sur le sort de l'affaire, puisqu'il suffisait au juge, pour la négliger, d'être averti par un simple soupçon. Au contraire, une seule déposition, si elle était honnête et loyale, pouvait gagner le procès : « *non numerantur sed ponderantur* » (1). La loi laissait à la finesse du juge l'appréciation d'éléments trop délicats pour qu'elle songeât à les lui imposer. La franchise et la sincérité sont choses trop intimes pour être découvertes autrement que par un libre examen psychologique, ou même par une simple intuition.

Ainsi, la règle « *testis unus testis nullus* » n'a pas été

(1) Voir loi 21, p. 3. Dig. Liv. 22, t. V. « Non enim ad multitudinem respici oportet sed ad sinceram testimoniorum fidem et testimonia quibus potius lux veritatis adsistit. »

admise à l'époque classique. En effet, la loi 9. C. L. IV, t. 20, est le premier texte qui défende de s'en rapporter au témoignage d'un seul, et les termes qu'elle emploie prouvent que sa disposition est entièrement nouvelle : « *Simili modo sanximus... et nunc manifeste sancimus ut...* » c'est-à-dire : nous avons ordonné que.., et maintenant nous ratifions (1). Ce texte est de Constantin : avant lui, donc, on n'exigeait pas un nombre déterminé de témoins. Certains prétendent que cet empereur, en demandant au moins deux témoins, n'a fait que reconnaître une coutume antérieure, depuis longtemps établie : la disposition n'aurait donc été neuve que dans le texte. Mais s'il a fallu une loi pour l'ériger en principe obligatoire, c'est qu'elle n'avait existé jusque-là qu'à titre de conseil : il est, en effet, assez imprudent de se fier toujours à un seul témoin, et probablement, les mœurs juridiques invitaient le juge à plus ample information. C'était une simple mesure de prudence, et pas davantage; car le système de l'intime conviction était trop bien établi à Rome, pour avoir pu s'accommoder d'un principe qui lui était contraire (2).

La loi romaine a donc laissé au juge la plus grande latitude dans l'appréciation des témoignages, mais elle a voulu qu'il l'emploie à bien approfondir tous les élé-

(1) On invoque en sens contraire un texte de Paul, loi 20. Dig. L. 48, t. 18, dans lequel l'empereur déclare insuffisant un seul témoignage; mais il s'agit là d'un cas particulier dans lequel le seul témoin de l'affaire, fils de l'affranchi d'une des parties en cause est justement suspect. D'ailleurs l'empereur prononça en appel la décision rapportée; mais le magistrat du premier degré avait donné une solution contraire, ce qui prouve que la règle « testis unus, testis nullus » n'était pas encore érigée en loi impérative.

(2) On a soutenu, il est vrai, dans une théorie opposée, que le droit classique lui-même aurait toujours exigé plus d'une déposition. On s'est basé sur un texte, devenu fameux par la controverse qu'il a suscitée à ce sujet : loi 12. Dig. L. 22, t. V. « ubi testium numerus non adjicitur, etiam duo sufficiunt ». Mais ce texte ne saurait avoir la portée qu'on veut lui donner : il signifie

ments qui peuvent influer sur la véracité des paroles prononcées : aussi, bien que sans imposer une mesure légale de crédibilité, elle lui indique qu'il fera bien de s'attacher plutôt à telle qualité qu'à telle autre, elle lui conseille d'apprécier la valeur intrinsèque de chaque déposition. Ainsi, la loi 1 Dig L. 22, t. V, lui dit de se fier le plus souvent aux témoins non versatiles « *quorum fides non vacillat* » (1). D'autres lui signalent la « *fides testium* », et on sait tout ce que les mœurs romaines avaient mis dans ce mot, tout ce qu'il contenait d'honneur, de sincérité et de loyauté : il est sans équivalent dans notre langue; elles lui montrent, ensuite, la différence que, dans les dépositions semblables, peuvent amener les particularités des témoins : la dignité, la conduite, la tenue, la condition sociale (*decurio an plebeius*), les antécédents (*an honestæ et inculpatæ vitæ an vero notatus quis et reprehensibilis*), la fortune (*an locuples vel egens*), les relations d'amitié ou d'inimitié avec le plaideur, etc... Il suffit de parcourir quelques passages du Digeste et du Code (Dig. Titr. V. De test.

simplement que, dans les cas particuliers où la loi exigerait plusieurs témoins, on devrait se contenter de deux. Accarias, t. II, p. 855, n° 776. — Bonnier, Traité des Preuves, t. I., p. 371. — Dans certaines hypothèses particulières, en effet, un nombre déterminé de témoins était requis : ainsi il en fallait 5 pour prouver le paiement d'une dette, ou 3 tout au moins quand le titre avait péri par cas fortuit. De même la filiation ne pouvait être prouvée que par 3 ou 5 témoins selon qu'elle était ou non appuyée par un titre. V. Loi 18. C. De testibus et Loi 15, n° 1. C. De nuptiis. Mais ces exceptions n'enlèvent rien à la portée de la règle générale.

(1) Mais il n'y a là, bien entendu qu'un simple conseil, rien d'imposé, puisque la suite du texte consacre précisément la liberté de conviction : elle déclare que le juge est libre d'accepter le nombre de témoins qu'il jugera nécessaire « ... hæc licentia ad sufficientem numerum testium coartatur, ut judices moderentur et eum solum numerum testium, quem necessarium esse putaverint, evocari patiantur, ne effrenata protestate ad vexandos homines superflua multitudo testium protrahatur ». Il s'agit là d'éviter les vexations intentionnelles que les temps de corruption rendaient possibles par la facilité qu'ils offraient de se procurer de nombreux témoins.

C. L. 4, t. 20) pour voir combien le sens de toutes ces nuances a préoccupé le législateur romain : il s'efforça d'atteindre les moindres détails : quant à ceux qu'il ne put pas toucher ou qu'il oublia, il les laissa au libre examen du juge « *religioni judicantium* ». En un mot, il s'était attaché à la psychologie du sujet (1).

Dans une législation qui admet la libre conviction, on doit s'attendre à trouver une large extension de la preuve par témoins, en ce sens que la loi donnera au plus grand nombre possible la faculté de se faire entendre. Il faut que le juge ait les plus amples moyens d'information pour pouvoir se former une conviction, puisque celle-ci ne dépend que de lui. Seul responsable de la décision qu'il prend, il ne peut la formuler qu'après avoir longuement réfléchi et tout pesé : S'il entend des témoins, il devra en entendre le plus possible, sauf à lui d'apprécier le degré de confiance que chacun d'eux mérite : aussi ne trouve-t-on à Rome aucun système d'exclusion qui fasse repousser les paroles d'un individu, susceptible d'être témoin, sous le prétexte qu'elles sont simplement douteuses (2). On y trouve bien quelques exclusions et inca-

(1) Voir notamment au Dig. L. 22, t. V., De testibus, lois 2 et 3 in pr. et § 1. Loi 21 § 2 et § 3. C. L. 4, t. XX, loi 3. Sénèque, De Benef livr. 6, nº 8. Cicéron Pro Fonteio, nis IX et XI.

(2) Un système contraire a cependant été soutenu par Toullier, liv. 3, tit. 3, nº 269 et 270, et par Du Boys (Droit criminel des peuples anciens, pp. 330 et 331); la loi 13. Dig., liv. 22, t. V., autoriserait, d'après ces auteurs, les reproches illimités et arbitraires pour le juge. La voici : « Quaesitum scio an in publicis judiciis calumniæ damnati testimonium judicio publico perhibere possunt. Sed neque lege Remnia prohibentur et Julia de vi et repetendarum et peculatus eos homines testimonium dicere non vetuerunt, verumtamen quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium ad quorum officium pertinet ejus quoque testimonii fidem, quod integræ frontis homo dixerit, perpendere ». Mais ce texte nous semble plutôt signifier que ce qui est laissé religioni judicantium c'est la confiance qu'il convient d'accorder au témoignage, et non la question de savoir s'il faut permettre à une personne de déposer, c'est-à-dire la « quanta fides adhibenda » et non la « con-

pacités, mais elles forment une exception indispensable à cette règle que toute personne peut être entendue comme témoin; car il vaut mieux ne pas entendre celles dont les déclarations seraient inutiles et dangereuses pour la vérité. En conséquence, toute personne est capable de venir témoigner en justice qui n'est exclue de ce droit par un texte formel. Ces exclusions sont absolues ou relatives (1). Si l'on veut trouver une idée générale, à laquelle obéisse ce système, on peut dire que sont exclus d'une façon complète, ceux dont la vie est tâchée d'infamie (2), tandis que sont simplement écartés pour une fois ceux qui, d'une manière plus ou moins certaine, n'ont pas une situation tout à fait impartiale dans le litige.

Nous n'avons pas à insister sur le détail des dispositions du droit romain à ce sujet, mais plutôt à nous demander quelle était leur valeur d'ensemble : or, nous ne croyons pas que, en cette matière, le système ait été exagéré :

ditionis explorati » », comme le dit fort bien Le Gentil, Essai historique sur les preuves, pp. 267 et 268. C'est d'ailleurs l'explication qui se comprend le mieux, étant donné l'énorme extension que le droit romain a donnée à la preuve testimoniale.

(1) Les exclusions absolues concernent : les impubères, loi 3, p. 5 et loi 19, p. 1. D. l. 22, t. V., De testibus. — Les femmes condamnées pour adultère. Loi 18 eod. — Les Sénateurs qui ont été chassés du Sénat, loi 2. Dig., l. 1, t. IX. — Les juifs et les hérétiques contre les orthodoxes, loi 11. C. l. 1, t. VII. — Les témoins subornés, loi 3, p. 5. Dig., l. 22, t. V. — Les condamnés dans une poursuite publique. L. 3, p. 5, l. 15 et l. 20. Dig. eod— Les bestiaires, galériens et prostituées, Loi 3, p. 5. Dig. eod. — Les hommes de la lie de la plèbe, nov. 90, ch. 1. et Paul Sent, p. 1. l. 5, t. 15. — Les exclusions relatives à des cas spéciaux frappent : les pères contre les personnes qu'ils ont en puissance. lois 3, 6, 9, 24. Dig. De testibus, lois 4 et 12 C. De test. Loi 6., C, l. 9, t. 41. Les avocats et les plaideurs dans les procès qui les intéressent : lois 10 et 25 Dig. De test. et l. 10, C. L. 4, t. 20, de Test.— Ceux qui ont eu témoigné dans un procès antérieur contre la partie du procès actuel, loi 23, Dig. eod, et 17. C. eod. Ceux qui ont déjà eu un procès criminel avec celui contre lequel ils ont à déposer. Nov. 90, ch. VII.

(2) « Nam quidam propter vitam et infamiam vitæ suæ admittendi non unt ad testimonii fidem ». Loi 3, p. 5. Dig., l. 22, t. V.

toutes les exclusions se justifient assez bien, et certaines, qui peuvent étonner notre mentalité d'hommes modernes, s'expliquent sans difficulté, pourvu qu'on les laisse à leur place, ou bien ne sont pas si sûrement établies qu'on veut bien le dire: ainsi, l'exclusion des impubères semble injuste au premier abord; mais, en se rappelant qu'à Rome la puberté commençait à 12 et 14 ans, on voit qu'il y avait une raison majeure à repousser le témoignage de trop jeunes enfants. — L'exclusion des femmes condamnées pour adultère choque nos idées d'émancipation féminine, mais dans un temps de pureté et de fidélité en décadence, le législateur a peut-être voulu les punir ou bien il a simplement pensé que celles qui trompaient leur mari pouvaient aussi bien tromper le juge. — La loi romaine écartait le témoignage des gladiateurs, mais elle se borne à dire «*credendum non est*», ce qui laisse supposer que le témoin a déjà été entendu, mais que le législateur conseille au juge de ne pas s'y fier : cette explication serait dans le cadre de la position prise par le droit romain à l'égard des témoins, et consistant à ne pas les imposer au juge selon une valeur légale, mais à lui donner des conseils précieux pour qu'il se méfie de ceux qui ne sont pas des citoyens libres de la cité. — On admet aussi que la pauvreté n'était pas, par elle seule, une cause d'exclusion, mais seulement lorsqu'elle était vile et abjecte, lorsqu'elle se présentait chez un « individu dégradé » (1). — Enfin, nous avons une dernière et très importante remarque, qui prouve que les exclusions n'étaient point aussi étendues qu'on le dit quelquefois, dans ce fait que le témoignage des esclaves n'était pas formellement interdit; sans doute, dans une société basée sur l'esclavage,

(1) Tibère choisit pour son testament des témoins de condition très humble (Suétone. Vita Tiber. Cap. ult).

ceux-ci ne pouvaient être placés au même niveau que les hommes libres, mais le juge les interrogeait subsidiairement, lorsque tout autre moyen faisait défaut : « *Servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est* » (1). En outre, ils étaient questionnés dans les causes qui les concernaient personnellement, comme lorsqu'il s'agissait d'établir qu'ils avaient déjà pris la fuite une première fois (2). Leur faculté de témoigner était encore restreinte en ce qu'ils ne pouvaient rien dire pour ou contre leurs maîtres, et viciée parce qu'ils pouvaient être soumis à la torture, mais la première de ces deux dispositions n'est que l'application d'un principe général qui s'étend aussi aux domestiques; quant à la seconde, elle devait être plutôt théorique : en fait, la torture devait être rare : ce qui le prouve, c'est que certains textes la conseillent comme ultime moyen (3). D'ailleurs, elle n'était pas spéciale aux esclaves, et servit aussi à martyriser inutilement les hommes libres.

Ces quelques observations nous conduisent à penser que les exclusions qui frappaient les témoins n'étaient pas à Rome rigoureusement étendues : c'est qu'on voulait, toujours par application de la même idée, que le juge pût jouir des plus amples moyens d'information. Pour la même raison, on fut assez sévère pour les excuses : pour qu'une personne obtînt l'autorisation de ne pas venir faire sa déposition, il fallait de très sérieux motifs : les Vestales elles-mêmes ne l'obtenaient pas par le seul fait de leur situation privilégiée; elles étaient obligées de se déplacer. Témoigner, était, en effet, un véritable de-

(1) Loi 7. Dig. L. 22. T. V., de Modestin.

(2) Loi 7. Dig., l. 22, t. III et loi 8. C. L. 4, t. XX.

(3) Loi 9. pr. Dig., l. 48, t. XVIII. «... si aliter veritas inveniri non possit nisi per tormenta licet habere quœstionem...»

voir (1), dont on ne pouvait être exempté que par des raisons majeures, comme la vieillesse, la maladie, le service militaire, l'absence pour le service de la République, la parenté jusqu'à un certain degré.

Mais il ne suffisait pas, pour réaliser le but du droit romain, pour permettre au juge de trouver, dans une nombreuse information, la source de sa conviction, d'avoir facilité le témoignage, soit en écartant de la justice, très peu de gens, soit en les obligeant à y venir : il fallait encore s'efforcer d'obtenir de bonnes dépositions, c'est-à-dire libres et complètes, et en même temps les sanctionner sérieusement.

On commençait par faire prêter aux témoins serment de dire la vérité (2); puis ils racontaient ce qu'ils avaient vu ou entendu; mais le droit romain préférait les témoins oculaires aux témoins auriculaires (3). La déposition se faisait oralement et en public, devant les juges et les parties adverses; et il résulte formellement des textes (4), que le droit romain préférait les dépositions orales faites à l'audience, aux témoignages écrits. Afin de laisser déposer les témoins dans une entière indépendance d'esprit, on les interrogeait avec prudence : « *Quæro de te arbitrerisne ?* » et ils répondaient : « *arbitror* »; c'est-à-dire qu'on ne leur posait pas de questions qui auraient pu déterminer la réponse; on leur demandait simplement ce qu'ils pensaient. Et ils devaient déposer sur ce qu'ils avaient vu par eux-mêmes, et non d'après des racontars ou des bruits indéterminés. C'était là une règle excellente ayant pour but de parer à la dé-

(1) C'est ce qui résulte de ce fait même que les excuses étaient très rares. Le Gentil. Essai historique sur les preuves, p. 258–259.

(2) Sénèque. De vir, xi, cap. xix. loi 9, C., l. 4, t. XX. Nov. 90, ch. IX. Nov. 123, ch. VII.

(3) Quintilien. Inst. Orat. 5.7.

(4) Loi 3, p. 3 et 4. Dig. De testibus.

formation forcée que subissent les témoignages de seconde main. Il faut placer le juge le plus près des faits eux-mêmes; et du moment qu'il ne lui est évidemment pas donné de les constater par lui-même, on doit supprimer, le plus possible, le nombre des intermédiaires qui l'en séparent.

Si les personnes citées ne peuvent pas se rendre à l'audience, pour des raisons sérieuses, il recourra à des commissions rogatoires, mais il faudra qu'il y ait une impossibilité absolue. Encore elles seront employées pour éviter aux parties des frais trop considérables, ou pour recevoir les déclarations des illustres, des supra-illustres et des évêques (1).

Tout concorde à amener devant les tribunaux le plus d'éléments d'appréciation : c'est encore dans ce but, que le droit romain a sans doute admis les enquêtes *in futurum;* lorsqu'une partie craignait de perdre ses témoins, il lui était probablement permis de les faire par avance déposer devant le magistrat, de sorte qu'elle parait ainsi au dépérissement des preuves (2).

Enfin, des peines très rigoureuses frappaient les faux témoins en matière civile; il fallait, en effet, apporter une sanction très sévère à la découverte de la vérité, pour assurer la sincérité des déclarations (3).

(1) Loi 16. C. De test. Nov. 123, ch. VII. loi 8. Dig. De test.

(2) Ce n'est là toutefois qu'une probabilité que nous tirons de ce qu'aucun texte du droit romain ne prohibe ce genre d'enquête. Nos anciens canonistes, au contraire, se basaient sur une fausse interprétation de deux textes du Digeste pour admettre les enquêtes in futurum : loi 3, p. 5. D., l. 27, t. X et loi 40. D., l. 9, t. II. Mais dans les cas qu'ils visent, il s'agit au contraire de plaideurs auxquels on permet d'engager immédiatement le procès afin de parer au dépérissement des preuves.

(3) On sait que la loi des XII tables ordonnait de précipiter les faux témoins de la Roche Tarpéienne. Cette sanction fut dans la suite abolie, l. 25, p. 1. D., l. 48, t. XIX, et remplacée par d'autres qui variaient avec la condition

Ainsi comprise, la preuve testimoniale était le rouage principal du système de la libre conviction qui fonctionnait à l'époque classique : elle était d'ailleurs assez harmonieusement combinée pour remplir ce rôle; son admission en toute matière sans aucune restriction, l'obligation pour toute personne de déposer, la façon dont la déposition se faisait, dont elle était conduite par le juge, et la confiance facultative que celui-ci lui accordait, tout concourait à en faire un très bon instrument de progrès. Elle était, pour le magistrat, un mode très souple qu'il pouvait facilement adapter à la variété des faits, dont, en tous cas, il pouvait toujours extraire, grâce à une prudente méthode, le maximum de rendement.

Cette prédominance de la preuve par témoins dans la législation romaine est même, au premier abord, un fait surprenant. L'histoire du droit semble, en effet, nous apprendre que le développement de la culture intellectuelle avec l'expansion de l'écriture, doit faire trouver, dans cette dernière, un moyen nouveau de constater et de prouver les relations juridiques qui va bientôt s'imposer, grâce à sa fixité, sur les anciens modes que la corruption des peuples, conséquence de leur civilisation, fait rejeter comme trop incertains : tel a été du moins le sens de l'évolution en Egypte et dans notre propre histoire de France, en particulier. Mais il en fut autrement dans l'histoire de Rome : les lettres y sont arrivées à une très belle floraison : l'instruction avait transformé les anciens paysans en hommes bien éduqués et possédant quelques connaissances.

des personnes : les humiliores étaient punis de mort, les individus d'un rang plus relevé voyaient leurs biens confisqués, étaient exclus de la curie, envoyés en exil ou frappés de la relegatio insulam. Paul Sent, l. 4, t. XV, p. 5 et t. 25. Loi 1, p. 2 et 13. Dig., l. 48, t. X., lois 13 et 15. C., l. 4, t. XX.

En même temps, le commerce s'était développé et se traitait à longues distances : les maisons de Rome avaient des comptoirs et des succursales dans les nombreuses provinces soumises (1). Tout cela amenait un fréquent usage, nécessaire d'ailleurs, de l'écriture. La comptabilité des grands établissements était devenue plus compliquée, les affaires se traitaient sur des valeurs beaucoup plus importantes : en un mot, nous trouvons à Rome des maisons qui semblaient devoir substituer à l'ancienne preuve testimoniale trop flottante et imprécise, un moyen plus sûr parce qu'il était plus fixe.

Cependant, les progrès de l'écriture n'ont point enlevé à la preuve testimoniale son ancienne supériorité : la loi s'est bien gardée d'en faire un mode obligatoire : elle a laissé les choses se transformer elles-mêmes ; et elle a bien fait, car si la preuve écrite était tellement supérieure, les parties n'auraient eu garde de ne pas l'employer, et le juge, libre d'attribuer à chaque preuve la confiance qu'elle mérite, n'aurait pas manqué de peser ses avantages.

Le succès de la preuve testimoniale nous semble dû à l'indifférence du législateur romain, à l'égard de la matière probatoire : si celui-ci avait songé qu'il était utile d'intervenir, il aurait peut-être donné ses préférences à un mode plus fixe et plus durable ; mais ne voyant là, qu'une question de fait, il ne pouvait concevoir qu'une preuve soit meilleure qu'une autre : cela dépendait des circonstances : et celles-ci, le juge les appréciait.

(1) A partir de la destruction de Carthage commencent l'expansion mercantile de Rome et l'accroissement des fortunes. Ferrero, *op. cit.*, t. I., chapitre II. Sur les progrès postérieurs de la culture intellectuelle et du développement matériel : eod, t. II, ch. VIII.

D'ailleurs, la preuve littérale n'a point atteint à Rome une perfection suffisante pour devenir d'un emploi continuel et facile. Elle a toujours été assez compliquée, et même ses caractères distinctifs sont loin d'avoir été bien précisés : bien mieux, elle n'est pas apparue comme un mode indépendant, distinct et opposé à la preuve par témoins : le plus souvent, elle était obligée de recourir à celle-ci pour réaliser son effet. Dans ces conditions, il lui était impossible de remplacer celle qui était son principal adjuvant.

C'est ce que nous allons montrer rapidement :

La preuve écrite pouvait revêtir trois formes : celle des actes privés, celle des *instrumenta forensia*, et celle des *acta publica;* et cependant, ce n'est que dans la dernière de ces trois catégories qu'elle constituait un mode de preuve vivant par lui-même, original, complètement séparé de la preuve testimoniale : dans les deux autres, au contraire, elle avait à subir l'influence de cette dernière. — Cette constatation va ressortir de l'examen très rapide de ces divers procédés :

Les actes privés comprenaient les inscriptions portées sur le *codex accepti et expensi*, les *chirographæ et syngraphæ*, et les *apocha et antapocha :* leur caractéristique venait de ce qu'aucune forme n'était exigée pour leur rédaction : c'étaient des actes libres, sans qu'il soit même besoin qu'ils fussent écrits de la main des parties : leur rédaction pouvait être confiée à des tiers (1). Il fallut seulement qu'ils fussent revêtus du sceau des contractants, et plus tard de leur signature (2). Au cas où ceux-ci ne savaient pas signer, l'acte devait être dressé en présence d'un certain nombre de témoins.

(1) Loi 24. C. l. 6, t. XXIII. Loi 21. C., l.,8, t. LIV. Inst. l, 3, t. XXIII, in pr. Loi 11. C., l. 8, t. XVIII.

(2) Code, l. 8, *loc. cit.*

Mais ceux-ci devinrent vite indispensables dans toutes les hypothèses : quelle force pouvait-on, en effet, reconnaître à ces *instrumenta* que des tiers avaient pu rédiger et qui ne portaient des parties que leur sceau ou leur signature ? à peu près nulle : pour la lui donner, on songea sans doute à faire intervenir des témoins dont la présence sera plus tard légalement exigée par Justinien (1). Mais alors les actes privés tiraient leur force de la preuve testimoniale qui les corroborait : l'écriture ne comptait pas, puisque son efficacité dépendait des témoins. Et en fait, elle était souvent déniée par les débiteurs (2), en sorte qu'il fallait s'adresser aux témoins instrumentaires pour faire de ces actes privés une preuve efficace : lorsque ceux-ci étaient décédés, il n'y avait plus qu'à recourir à une vérification d'écriture, lorsqu'elle était possible. Ainsi les actes privés ne constituaient une preuve écrite qu'en apparence : en réalité, ils n'étaient qu'une forme du témoignage; sans les témoins, en effet, on n'était pas certain d'assurer aux constatations leur effet normal.

Il en était de même pour les *acta forensia* ou *scripturæ forenses* : c'étaient des actes rédigés en public par des tabellions (3), remplissant certaines formalités, et corroborés par un certain nombre de témoins; le tabellion devait, à peine d'être destitué, être présent à la con-

(1) Justinien exigea la signature de 3 témoins pour certains actes dont l'objet dépassait 50 livres d'or : le prêt, la quittance, le dépôt de mutuum; loi 7. C. l. 4, t. II. — Nov. 73, ch. I, II et IV; et celle de 5 témoins quand le contrat était passé entre personnes illettrées; C., l. 4, t. II. In Auth. Nov. 73. cap. 1 et 8.

(2) Le Gentil, *loc. cit.*, p. 340 et s.

(3) A l'origine les tabellions n'étaient que des esclaves publics chargés d'écrire des actes de toute nature : leur condition s'est peu à peu relevée jusqu'à occuper des fonctions privilégiées; sous l'Empire, ils ont été spécialement chargés de la rédaction des acta forensia.

fection de l'acte, mentionner l'assistance des témoins, écrire lui-même la *completio*, c'est-à-dire la formule finale par laquelle les parties déclaraient persister dans leur volonté, et mentionner la date très minutieusement (1). Ainsi compris, l'acte *forensis* perdait sa physionomie d'acte écrit, car il ne tirait pas sa force de l'écriture. Lorsqu'on le produisait en justice, en effet, il était nécessaire de faire venir le tabellion qui l'avait rédigé pour en reconnaître la sincérité. A son défaut, on appelait les témoins instrumentaires. Les écrits *forenses* n'étaient donc qu'un cas particulier de la preuve testimoniale : les témoins, au lieu de déposer sur un fait ordinaire, déposaient sur un écrit, et voilà tout (2). Et c'étaient eux qui donnaient à ce genre de preuve toute la force qu'il avait. Ainsi ils font foi jusqu'à preuve contraire; ils n'ont pas besoin d'être signés; ils confèrent à leur porteur, sur le gage et l'hypothèque, un rang préférable à celui que donne un acte privé, même antérieur en date. Mais la valeur de l'acte et les effets qu'elle engendre dérivent des témoins.

Il faut arriver aux *acta publica* pour se trouver en face d'une véritable preuve littérale. Ce sont des écrits authentiques, soit parce qu'ils émanent de l'autorité publique, soit parce qu'ils ont été déposés dans les archives publiques : dans le premier cas, ce sont les registres du cens, les livres civiques du préteur, les actes

(1) Pour toutes les formalités requises pour les acta forensia : Nov. 44, ch. I., in pr. Nov. 43, ch. v. Nov. 46.

(2) Le tabellion n'était lui-même que le premier témoin, en sorte que les acta forensia n'étaient qu'un cas d'application de plus de la preuve testimoniale : « On voit que les tabellions n'offraient aux parties qu'une garantie extrêmement imparfaite. Ce n'était en définitive que la preuve testimoniale appliquée à la confection de l'acte, dont le tabellion et les témoins venaient déposer, comme ils auraient déposé de tout autre fait ». Bonnier. Traité des preuves, 5e édition, nº 461. Toullier. Droit civ. vol. 5, Ire partie, p. 4.

de l'état civil, les *instrumenta dotalia*, etc.; dans le second cas, ce sont les actes qui ont été insinués. Ces écrits ne sauraient être exactement comparés à nos actes authentiques; ils en différaient par certains côtés; ainsi c'était l'original qui était déposé. Mais le but était le même : créer une catégorie d'actes qui s'imposent avec une autorité incontestable, même à l'encontre de la preuve testimoniale.

Tous les actes publics ne datent pas de l'époque classique : l'insinuation ne fut exigée que dans le dernier état du droit romain, et son usage ne fut généralisé que par Justinien. En sorte qu'à l'époque classique, si l'on néglige les registres tenus par le préteur et le censeur, et quelques autres *monumenta publica*, il ne reste qu'un seul mode organisé : la preuve testimoniale.

Et ce qu'il faut en retenir, c'est que le juge est libre d'apprécier à sa guise les éléments qu'il peut lui fournir : la loi ne lui donne, sur aucun autre mode, ni préférence, ni infériorité. Elle les place tous sur un pied d'égalité : ou plutôt elle les ignore tous également, car elle ne s'occupe pas de les examiner pour en déterminer la valeur intrinsèque : si les uns sont réellement meilleurs que les autres, leur supériorité se traduira par une impression plus forte sur l'esprit du juge.

III. — Le Bas-Empire

Tel a été le fonctionnement de la preuve à l'époque classique, mais il ne s'est pas maintenu dans une même harmonie jusqu'à la fin du droit romain. Le caractère paperassier et réglementaire à l'excès du Bas-Empire devait faire sentir son influence sur l'organisation de la preuve. Plusieurs textes du Code et des Novelles éta-

blissent de nouvelles prescriptions, soumettent la preuve à des exigences qu'elle ne connaissait pas, et même établissent entre les divers moyens de preuve une graduation et des différences marquées.

Cependant, il ne faut pas exagérer la *portée* des restrictions introduites par le dernier développement du droit romain : elles semblent plutôt l'œuvre de décisions isolées, de cas particuliers, que la suite d'une idée directrice qui aurait eu pour but de changer la conception légale de la preuve. Dès lors, ces changements, tout en diminuant l'étendue du système de preuve antérieur, n'en ont point supprimé l'inspiration. Il s'agit plutôt de brèches faites à ses constructions que d'un bâtiment à refaire.

La preuve par témoins n'a pas été atteinte dans son admission par une disposition d'ensemble qui en vienne diminuer la portée : seulement il semble que le législateur n'ait plus autant confiance en elle : il multiplie les conseils aux magistrats; il lui conseille, par exemple, de s'en rapporter à la parole d'un homme de haut rang, plutôt qu'à celle d'un individu de basse origine, car celui-ci peut avoir été plus facilement corrompu. — De même, depuis Constantin, le juge ne peut plus se contenter de la déposition d'un seul témoin (1). Il faudra, en outre, que les témoins déposent sous la foi du serment. Bien plus, et ici apparaît une réforme beaucoup plus importante, dans certains cas, les témoins ne peuvent pas faire la preuve : il faut présenter un écrit : ainsi pour l'ingénuité, et dans nombreux autres cas (2).

(1) Loi 9. C., l. 4, t. XX.

(2) Loi 1. C., l. 9, t. XX. Il faut encore un écrit pour l'affranchissement in ecclesiis, loi 1. C., l. 1, t. XIII — pour l'émancipation Anastasienne, loi 5. C., l. 8, t. XLIX — pour l'adrogation par rescrit du prince, loi 2. C., l. 2, t. XLVIII — pour la légitimation sous plusieurs formes. Inst. livre 1, t. X, nº 13. C., l. 5, t. XXVI. Novelles 74 et 89.

En dehors de ces cas, sans doute, on pourra recourir à la preuve par témoins, tout comme autrefois, établir, par eux aussi bien que par titres, la véracité des allégations avancées.

Mais que se passera-t-il lorsque, pour un même fait, les écrits et les témoins que l'on aura produits ne seront pas d'accord : faudra-t-il, comme auparavant, laisser libre la perspicacité du juge, le charger de trouver la vérité par le seul secours de son intelligence, ou, au contraire, lui imposera-t-on la force probatoire d'un élément sur l'autre ?

Telle est la fameuse question du conflit de la preuve littérale et testimoniale. Nous croyons que sa solution doit se trouver au Bas-Empire, dans la dernière période du droit romain. Pour nous, il n'y a pas de doute : l'époque classique n'a pas imposé au juge de règle à suivre : c'eût été contraire à sa mentalité; mais la fin du droit romain a abandonné cette règle de conduite. — De nombreux systèmes ont été proposés pour résoudre ce conflit; nous ne les exposerons pas pour raison de brièveté (1). Nous adoptons, après les

(1) Toullier soutient la prépondérance de la preuve testimoniale (Dr.civ., t. VIII, nos 204 et s., t. IX, p. 4 et la note); il se base sur la loi 3, p. 3. D. l. 22, t. V. « Idem Divus Hadrianus rescripsit testibus se non testimoniis crediturum ». Mais il traduit testimoniis par titre écrit, alors que le texte veut dire qu'on doit préférer les témoignages faits de vive voix à ceux « quæ recitari solent ». Il suffit de lire les lignes suivantes pour s'en convaincre. On a encore invoqué en ce sens la Novelle 73, ch. III; mais elle parle d'une comparaison d'écritures, c'est-à-dire d'un cas bien différent — et un passage de Cicéron (Pro Archio Poëta, ch. IV) qui vise le cas non pas où il s'agit de prouver contre un écrit mais de suppléer à sa perte. — Un autre système soutenu par Pothier et Domat, donne la première place à la preuve littérale; c'est l'opposé du précédent. Il invoque la loi 1. C. De test. « Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur. » Mais outre que l'authenticité de ce texte est douteuse, il se prête à nombreuses autres explications. Ainsi scriptum testimonium peut fort bien signifier non titre écrit, mais déposition écrite. — Une troisième explication place la preuve littérale et

avoir tous étudiés, celui de M. Derome qui, se plaçant au point de vue historique, nous paraît avoir raison : il est basé sur des considérations très puissantes : à ses débuts, la législation romaine ne connaît que la forme orale, et partant qu'un seul mode de preuve : la preuve testimoniale : la preuve littérale naquit et progressa avec l'écriture, jusqu'à égaler la précédente : c'est à l'époque de Constantin qu'il est vrai de dire « *in exercendis litibus eamdem vim obtinent tam. fides instrumentorum quam depositiones testium.* » Puis la preuve écrite continue son ascension, et, pendant la période du Bas-Empire, elle devient prépondérante. « *Census et monumenta publica potiora esse testibus Senatus censuit* », loi 10. De prob. De nombreux textes (1) affirme l'incontestable supériorité de la preuve littérale dans le dernier état du droit romain.

De ce qui précède, il résulte que le système des preuves a quelque peu changé : le juge n'est plus également placé en face de modes opposés qu'il a charge u apprécier : dans certains cas, il sera obligé de réclamer l'écrit indispensable : dans d'autres, lorsque l'écrit et les témoins seront en opposition, il devra s'incliner devant le premier et non devant le résultat de son appréciation.

la preuve testimoniale sur un pied de complète égalité : « in exercendi, litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositione, testium». Loi 15. C., De fide instr. Le juge appréciera. Mais les partisans ne sont pas entièrement d'accord; ils présentent une série de variantes qui enlèvent son unité à l'hypothèse. — Pour plus de détails, voir Le Gentil, *op. cit.*, p. 373 à 379.

(1) Sur les développements de ce système, consulter Derome, Revue de législation, année 1850.

CHAPITRE III

LA PREUVE DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

I. Epoque barbare. — 1. Le formalisme de notre ancien droit a pour conséquence la preuve légale. — 2. Jugement qui ordonne la preuve. — 3. La preuve testimoniale, d'abord rudimentaire, commence à progresser sous les Carolingiens ; la loi salique. — 4. La procédure per inquisitionem amène un progrès de plus : on l'étend de plus en plus. — 5. Cependant il subsiste des imperfections. — 6. L'écriture n'est pas encore organisée en mode de preuve.

II. Epoque féodale. — 7. La preuve par témoins se développe en empruntant certaines règles au droit canon. — 8. Théorie des reproches. — 9. Procédure écrite et secrète. — 10. Le nombre de témoins obéit à la preuve légale. — 11. Interrogations individuelles des témoins. — 12. La preuve par témoins est encore la preuve ordinaire ; elle l'emporte dans le conflit avec la preuve écrite. — 13. Mais celle-ci se constitue de mieux en mieux.

III. Période des ordonnances. — 14. Développement de la preuve littérale. — 15. Précédents des ordonnances. — 16. La preuve écrite est introduite par l'ordonnance de Moulins : cette ordonnance d'abord mal reçue est ensuite mieux accueillie. — 17. L'ordonnance de 1667 la complète et consacre la supériorité de la preuve écrite.

I. — Epoque barbare

Il semble que notre ancien droit n'avait qu'à continuer la tradition romaine; mais c'est un fait de l'histoire, que les nations plus civilisées se laissent vite anéantir au contact de peuples sauvages, non cultivés, parce qu'ils luttent avec la force et la ténacité des peuples jeunes. — Aussi, l'invasion de la Gaule par les barbares a-t-elle fait disparaître la prédominance du droit romain.

A l'ancienne unité succéda un état catholique et désor-

donné : le système de la personnalité des lois (1), conséquence de la variété des peuples envahisseurs, engendra une grande diversité de conceptions législatives. Mais, sans entrer dans le détail d'autant de réglementations, on peut remarquer que toutes ont des caractères communs, qui tiennent précisément à leur faible développement.

La théorie des preuves est comme les autres parties du droit, dont elle ne peut guère s'isoler, essentiellement formaliste.

Ce formalisme a une double origine : d'un côté, le mode germain des obligations suppose un rituel déterminé, variable selon qu'il y a « *res prestita* » ou « *fides facta* », mais toujours assez compiqué (2); dans les deux cas, le débiteur est mis en demeure par de nombreuses sommations successives faites en présence de témoins : ceux-ci sont là, non pour prouver la réalité de l'obligation, mais pour attester, au cas de besoin, que les cérémonies ont été accomplies. Cela se conçoit parce qu'on n'est pas encore bien éloigné des temps de la justice privée : c'est la partie elle-même qui réalise son droit, qui trouve, dans l'obéissance à des cérémonies imposées, le moyen de se faire justice à elle-même. De là, naît une preuve forcément étroite. — D'autre part, l'antique *stipulatio* romaine, qui avait vu, peu à peu, disparaître son formalisme originaire, le voit renaître au contact de ces modes barbares.

(1) Esmein. Histoire du droit, pages 53, 57 à 59, 92.

(2) Lorsqu'il y a res prestita,le créancier doit mettre le débiteur en demeure pendant trois fois, de sept nuits en sept nuits : celui-ci encourt chaque fois une amende de 9 sous, et s'il refuse définitivement de s'exécuter il est condamné à payer la dette... Au cas de fides facta, le créancier fait sommation de payer au domicile du débiteur; si celui-ci ne s'exécute pas, il est frappé d'une amende de quinze sous, et on procède à trois sommations successives. Dareste. Etudes d'Histoire du Droit, p. 407.

Il n'en faut pas davantage pour nous expliquer que la preuve légale ait été le régime probatoire de l'époque.

A l'origine même, le formalisme de la preuve avait atteint une rigueur particulière : il fallait d'abord obtenir un jugement qui ordonne la preuve : ce jugement avait une très grande importance dans le procès : il fixait les conditions dans lesquelles la preuve serait reçue, de quelle manière et par qui elle serait administrée. Les parties étaient tenues de se conformer très scrupuleusement à ses prescriptions. Comme dans toutes les époques primitives, la question des formes à observer était principale : la conviction personnelle du juge était secondaire, ou, plus exactement, elle ne comptait pas (1); celui-ci a pour rôle d'observer que les termes du jugement ordonnant le preuve soient exactement remplis. Et c'est précisément ce qu'il y a de remarquable, que cette indifférence du juge à l'égard de la preuve considérée en elle-même, en tant qu'élément de conviction, en sorte qu'en réalité celle-ci se trouve faite, non au magistrat par les plaideurs, mais par une partie à l'autre. (2).

A la suite de ce jugement, celui à qui incombe la charge de fournir la preuve prend l'engagement de remplir cette obligation ou de payer, par un contrat

(1) Il en a été ainsi pendant toute la période franque et même au commencement de l'époque suivante : « au début, comme dans la période précédente, le juge ne cherche pas encore à se faire une opinion personnelle sur les faits allégués. S'ils ne sont pas controversés, le tribunal les accepte pour constants; il ne se préoccupe pas de la recherche de la vérité, mais seulement des questions qui divisent les plaideurs ». Tardif : la procédure aux XIII et XIVe siècles.

(2) Sur ces divers points : Nouv. Rev. Hist. de Droit 1882. Esmein : les contrats dans le très ancien droit français, p. 36 et s. Glasson. Histoire du droit et des institutions de la France.

formaliste, entouré de solennités (1). Cette promesse solennelle a subsisté pendant toute la période franque; mais, vers la fin, ses formes se sont sensiblement atténuées (2).

La preuve peut se faire par tous les moyens : serment, ordalies, témoins ou écrits. Il existe bien une différence de valeur entre ces divers modes, mais elle n'est pas si grande qu'elle peut le paraître à notre intelligence développée, parce qu'en ces périodes barbares chacun d'eux se trouve également empêtré de formalisme. La confusion de l'époque trouve un écho dans cette partie du droit, comme dans les autres.

Les témoins ne sont plutôt que des co-jureurs qui viennent, par leur serment, attester la certitude morale des prétentions des plaideurs.

Mais un progrès n'a pas tardé à se réaliser : avec les Carolingiens, la preuve testimoniale se sépare des autre moyens, plus primitifs, pour se dégager nettement au-dessus d'eux : son importance s'accroît de la fréquence avec laquelle elle est employée. C'est qu'elle a été, petit à petit, mieux comprise que précédemment. L'habitude s'était prise de passer, devant témoins, la plupart des actes de la vie. On songeait bien, parfois, à les relater par écrit, mais la preuve littérale, encore trop rudimentaire, ne pouvait pas sitôt entrer dans les mœurs : dans les rares occasions où on l'employait, il fallait lui donner une garantie de plus, à l'aide de témoins. En définitive, c'était sur la mémoire de ceux-ci que reposait l'ensemble des transactions (3).

(1) Ce contrat s'appelle la « wadiatio » chez les Lombards ; chez les Francks, on dit « fidem faure » ou « adhramire ». Esmein. N. R. H. *lod. cit.* et Glasson. Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre, t. I, p. 287.

(2) Ce contrat formaliste n'a même pas complètement disparu avec cette période franque : voir sur sa survivance Esmein, N. R. H. *loc. cit.*, p. 61.

(3) La loi des Ripuaires nous indique qu'en faisant appel au témoignage

Le rôle des témoins n'était plus d'assister, par leur serment, l'une ou l'autre des parties en cause : on leur demandait de déposer sur les faits qui étaient de leur connaissance propre, sur ce qu'ils avaient appris *propriis sensibus*.

En même temps, le juge n'était pas resté un simple fonctionnaire chargé de veiller à la régularité de la procédure : les plaideurs s'adressaient directement à lui, pour lui apporter la preuve à faire.

La loi salique témoigne de ces différentes modifications : elle reconnaît, à la preuve testimoniale, le caractère de droit commun (1). Par les nombreuses allusions qu'elle y fait, on voit qu'elle la considère comme un mode ordinaire. Et il en est de même pour les Capitulaires. — De plus, la loi salique marque très nettement une manière plus intelligente dans la déposition. On a prétendu, il est vrai, que les témoins se seraient encore bornés à écouter les parties faire le récit des événements litigieux, sous la foi du serment, et à jurer, ensuite eux-mêmes, la vérité des faits ainsi décrits, ou à refuser de jurer. Mais leur action était certainement mieux comprise et plus étendue : certains passages de la loi salique et de la loi des Francs ripuaires nous indiquent qu'on demandait aux témoins de faire une déclaration personnelle (2).

des jeunes enfants, dont la mémoire était plus franche, on leur infligeait une bonne correction afin de bien appeler leur attention (t. LX.)

(1) Elle mentionne, en effet, son usage dans de nombreux cas, bien que les allusions qu'elle y fait ne viennent pas d'une règle générale expressément formulée : la preuve testimoniale servait à prouver la transmission de propriété, les jugements etc... « On peut assurer qu'en toutes questions, même pour celles qui concernaient l'état des personnes, les relations de famille, et la parenté, cette preuve était admise ». Pardessus : la loi salique : 11e dissertation, p. 621 et s.

(2) Le titre LI De testibus adhibendis de la loi Salique, édition Peyré, 1828, porte qu'on peut faire assigner les témoins qui refusent de déposer « ut ea

Il y a donc un mieux accompli sur la période antérieure (1).

Cependant, il reste encore pas mal à faire : ainsi, la preuve ne peut résulter que d'un certain nombre de témoins, presque toujours assez considérable, variant, d'une façon générale, de 3 à 10 (2). — Probablement aussi, on n'exige pas toujours, des témoins, qu'ils répondent individuellement sur ce qu'ils ont appris, comme l'indique la loi salique : on leur demande encore de faire une réponse collective. Ce sont les témoins de crédence.

A côté de la preuve par témoins, se trouvent encore d'autres modes de preuve, notamment le combat judiciaire : celui-ci a une importance particulière dans l'administration même de la preuve testimoniale : lorsque deux personnes font des dépositions contradictoires, on l'emploie pour trancher la contestation.

La vérité est donc encore, pour une large part, subordonnée à l'emploi de procédés regrettables.

Cependant, on trouve, à cette époque, les germes d'un progrès beaucoup plus important dans l'usage d'une procédure particulière, la procédure *per inquisitionem* (3), qui est réservée à certaines hypothèses et à certaines juridictions.

quæ sciunt jurantes dicant », c'est-à-dire, afin qu'ils racontent sous la foi du serment ce qu'ils savent, par conséquent ce qu'ils ont appris par eux-mêmes. Il résulte donc de ces termes qu'une certaine latitude était accordée pour faire la déposition. — La loi des ripuaires, titre LII, emploie pour dire la même chose, dans la même hypothèse, des expressions identiques : « ut testimonium quod sciunt jurati dicant ».

(1) Sans doute la loi salique ne s'est pas occupée de donner de la preuve une théorie complète et parfaite : elle l'a même plutôt laissée à un état rudimentaire. Mais elle contenait tout de même, bien qu'à l'état embryonnaire, une organisation meilleure qui la rapproche des temps postérieurs qui verront un perfectionnement de la preuve. Voir Sohm. Etudes sur les Institutions germaniques. Préface (Bibliothèque de l'Ecole des Hautes-Etudes).

(2) GLASSON. Hist. du droit et des Inst. de la France.

(3) L'origine de cette procédure per inquisitionem doit être trouvée pour

C'était une procédure dégagée et plus libre qui se pratiquait dans les affaires concernant le fisc : les inconvénients et les dangers du serment et du combat judiciaire et des formes ordinaires de procéder avaient été senties plus vivement dans les procès où le fisc était intéressé; on s'était alors occupé de les éviter par des moyens plus développés.

Nous avons vu que déjà, sous les Carolingiens, la procédure courante s'était améliorée : ainsi, les témoins faisaient leur déposition avec plus de liberté; mais dans l'*inquisito*, le progrès était allé plus loin : on les interrogeait intelligemment, et leurs déclarations ne s'imposaient pas aux juges : ceux-ci se déterminaient d'après leur conviction. C'était une importante innovation. — En outre, au contraire de ce qui se passait autrefois, les témoins étaient directement choisis et interrogés par le juge, et non plus par les parties. — Cette nouvelle procédure constituait une tentative à s'affranchir de la preuve légale.

Cependant, il ne faudrait pas croire qu'elle ait été complètement exempte de formes à observer : elle en était encore embarrassée, mais moins nombreuses et moins rigoureuses.

Et précisément parce qu'elle était plus souple, on songea de suite à en étendre le champ d'application. Des affaires concernant le fisc, on eut l'idée de l'étendre à beaucoup d'autres qui intéressaient le roi : les procès des vassaux du roi relatifs à leurs bénéfices, les Eglises

les uns dans le droit germanique : elle aurait d'abord été employée dans les contestations relatives aux limites. Mais on ne voit pas par quelle transition son emploi aussi particulier aurait été étendu à la cour du roi. Il est plus probable qu'il la faut aller chercher dans le droit romain. On en devrait alors la découverte à la science des légistes qui siégeaient à la cour du roi. Glasson, *loc. cit.*

et les monastères, qui relevaient du roi, en bénéficièrent à leur tour. On l'appliqua encore aux procès entre chrétiens et juifs placés sous la protection du roi — et enfin, toutes les fois qu'il s'agissait de fixer une coutume douteuse. C'est très probablement l'origine de nos enquêtes par tourbe.

On en accordait aussi le privilège, à titre subsidiaire seulement, il est vrai, aux pauvres gens, aux veuves et aux orphelins.

D'un autre côté, en même temps qu'on étendait cette procédure à des matières de plus en plus nombreuses, on permit, à d'autres juridictions que celles du roi, d'y avoir recours. D'abord, en effet, seul, le roi avait pu en user dans les affaires qu'il connaissait, mais il avait le droit de transmettre spécialement ses pouvoirs à un délégué, auquel il les conférait intégralement ou pour partie : tantôt il le chargeait à la fois de l'instruction et du jugement, tantôt de l'instruction seulement. On n'examinait pas quelle était la qualité personnelle du mandataire : qu'il soit comte, vicomte ou centenier, il suffisait qu'il tienne sa délégation du roi.

Au sujet de l'interrogatoire et des réponses des témoins, on est insuffisamment renseigné : on ne sait pas si ceux-ci faisaient une réponse collective, ou s'ils étaient interrogés individuellement. Lorsque toutes les déclarations concordaient, lorsqu'il y avait unanimité, la réponse était évidemment tenue pour l'expression de la vérité. Mais à défaut, et en cas de désaccord, on ignore d'où pouvait résulter la preuve. Un point, toutefois, demeure certain, c'est qu'on ne recourait pas au combat judiciaire pour trancher la contestation, comme dans la procédure de droit commun.

A côté des témoins, le droit franc a également connu la preuve écrite. L'usage de l'écriture était, en effet,

assez généralement répandu, comme l'attestent les nombreux recueils de formules que cette époque nous a laissés. Mais elle ne formait pas encore un moyen parfait de preuve ; elle n'était, du reste, pas exigée dans ce but.

On ne se faisait pas encore une idée bien nette de ce qu'aurait pu être une véritable preuve écrite. Ainsi, les jugements étaient souvent dressés par écrit, et cependant on ne songeait pas à en conserver la trace dans les greffes. L'original en était remis à la partie intéressée, en sorte que, par là même, les chances de perte se trouvaient multipliées. Il n'y avait donc aucune chance de durée, ni aucune garantie de sécurité, alors que ces qualités forment l'élément supérieur de la preuve écrite. Aussi suffisait-il à l'une des parties de contester l'acte sous-seing privé qu'on lui opposait, pour être obligée de recourir à la preuve testimoniale ou par co-jureurs.

On ne peut donc pas parler sérieusement de preuve écrite dans cette période première de notre ancien droit : l'écriture y était plutôt un simple moyen de rafraîchir la mémoire des témoins, une pure commodité. Seulement, peu à peu, cette commodité originaire accentuera son caractère impérieux; elle deviendra nécessaire; on aura le sentiment de ne plus pouvoir s'en passer, et on en fera un moyen de preuve. C'est ce qui doit arriver à l'époque suivante.

II. — Epoque féodale

Dans cette nouvelle période, la preuve testimoniale, plus librement ordonnée, va prendre une plus grande importance : Mais on en abusa trop vite. D'un autre côté, la preuve écrite ira se développant toujours

davantage. — Et de là sortiront les ordonnances restrictives que nous verrons plus loin.

Il faut d'abord signaler, dans la phase que nous étudions maintenant, l'influence du droit canonique sur le droit commun. La preuve par témoins devient d'un emploi plus fréquent; sa réglementation subit l'influence des formes moins formalistes qui se pratiquaient devant les juridictions canoniques.

La disparition du combat judiciaire eut pour effet de permettre le développement de la théorie des reproches, empruntée aux règles ecclésiastiques. Auparavant, le témoin pouvait être faussé, c'est-à-dire, qu'on pouvait faire tomber sa déposition par le duel, ou par le serment (*deresne* ou *escondit*); la conséquence naturelle était qu'on ne pouvait obliger personne à venir déposer en justice, car on le soumettait par là à une éventualité redoutable qu'il devait lui être possible d'éviter. A défaut de la possibilité d'une coercition, il était donc indispensable qu'il intervînt une entente amiable entre la partie et les témoins. (Cette entente attestait le caractère primitif de cette procédure organisée en dehors de toute intervention judiciaire.) Mais dans les justices d'Eglises, qui avaient donné l'exemple (suivi par le droit commun sous Louis IX (1), de la suppression du duel, le juge désignait les témoins qui devaient être entendus, et nul, ne courant plus le risque d'un combat injuste et dangereux, ne pouvait s'exempter de comparaître. Par contre, du moment que les témoins ne pouvaient plus

(1) L'Eglise prit la première l'initiative d'interdire le combat judiciaire : les papes Nicolas 1er en 867, et Innocent III en 1203 l'avaient prohibé. Louis IX en 1260 rendit son ordonnance « au lieu de bataille, nous mettons preuves par témoins ou des chartes et selon le droit écrit et le code de pactis ». Néanmoins la royauté eut encore beaucoup à lutter pour le faire disparaître.

être provoqués au duel, on donna, à chaque partie, le droit de les reprocher. Ainsi, à l'instar du droit canon, les reproches permirent aux plaideurs d'écarter du procès les témoins qui auraient pu leur nuire.

Mais au début, les causes de reproche n'étaient pas déterminées, ce qui entraîna des abus que l'intervention du Parlement essaya de corriger, au XIV^e^ siècle, en obligeant les parties à les formuler dans une forme rigoureuse (1).

La manière d'interroger les témoins et de recueillir leurs dépositions, a aussi varié sous l'influence de l'Eglise : ici, la procédure était écrite et secrète : le juge recevait à part les déclarations des témoins qui étaient ensuite relatées par écrit. — Le droit civil n'a pas admis de suite ces règles du droit canonique : il conservait aux débats leur caractère public. Mais saint Louis, afin de sauvegarder l'indépendance des dépositions, en prescrivit le secret, et elles furent faites en l'absence des parties, en sorte que celles-ci ne pouvaient connaître plus tard que la déposition écrite.

Malheureusement, cette procédure, qui, malgré son caractère secret, avait de sérieux avantages, obéissait à la preuve légale. Le juge ne se déterminait pas d'après son intime conviction; mais sa réponse était dictée d'avance par le nombre des témoignages. Le droit canon emprunta au droit romain la fameuse règle « *testis unus testis nullus* » (2) dont nous avons trouvé la véritable origine dans la législation hébraïque. Deux témoins faisaient une preuve complète et imposaient au juge une décision dont il n'était pas libre de s'affran-

(1) Pour plus de détails sur cette théorie des reproches, v. Glasson Hist. du Dr. et Inst. de la France, t. VI, p. 549 texte et note 4.

(2) « Voix d'un, voix de nun », dira Loysel. Institutes coutumières, avec les notes d'Eusèbe de Laurière », n° 779.

chir. La preuve était réglée d'avance selon des règles précises. Quand la preuve testimoniale était en opposition avec la preuve écrite, on en réglait les valeurs respectives d'après une estimation tarifée : ainsi deux dépositions équivalaient à un acte public, et le mettaient en balance; quatre avaient une force plus grande. — Lorsqu'il n'y avait que deux témoins en présence, et qu'ils étaient en contradiction, leurs déclarations se détruisaient respectivement. Lorsqu'il y en avait un plus grand nombre, il semble que le droit en vigueur avait adopté une règle plus sage : il était recommandé au juge de les apprécier et de suivre ceux qui lui paraîtraient les plus sûrs : seulement, la réglementation y trouvait quand même son compte : le juge devait, par exemple, écouter la voix de la personne la plus âgée, ou de celle dont la condition sociale était la plus élevée. Il y avait des personnes dont la valeur était cotée à un quart ou une moitié d'un témoin normal. Le témoignage des femmes n'avait pas été admis pendant longtemps; il fut reçu par une ordonnance, du 15 novembre 1394, de Charles VI, mais il demeura inférieur à celui d'un homme (1).

Cette manière de concevoir le fonctionnement de la preuve orale était loin de constituer un progrès. En outre, il était dangereux, pour la solution du procès, d'obliger le juge à compter les témoignages.

Une amélioration plus certaine avait été, au contraire, réalisée dans la façon dont on interrogeait les témoins : nous avons vu que déjà, à l'époque Carolingienne, l'interrogatoire se faisait tantôt individuellement, tantôt par tourbes : dans ce dernier cas, les témoins donnaient

(1) V. Pothier. Traité des Obligations, nº 783. Glasson. Hist. du Dr. et Inst. de l'Angleterre, t. III, p. 512 s.

une réponse collective, évidemment peu conforme à la stricte vérité. Aussi, le droit postérieur n'accepta plus que les témoins de certain, c'est-à-dire, exigea que chaque déposition fut individuellemet reçue par le juge, que chaque témoin dépose à son tour et déclare ce qu'il avait appris lui-même, ce qu'il savait de sa propre connaissance, ce qu'il avait constaté *propriis sensibus*. — Les témoins de crédence qui, tous ensemble, faisaient une seule réponse, n'ont subsisté que quelques temps en Normandie; le grand Coutumier porte les traces de cette survivance; mais encore finirent-ils par disparaître assez vite, même dans ce pays. Et ils ne furent utilisés que pour faire la preuve d'une coutume. — Ils semblent avoir laissé la trace de leur disparition, ou plutôt de leur transformation, dans la preuve par la commune renommée.

Une autre heureuse innovation que le droit civil emprunte au droit canonique, fut celle de l'enquête à futur.

La preuve par témoins était le mode ordinaire de preuve pour établir les faits litigieux : on l'employait aussi lorsqu'il fallait apporter la preuve d'une coutume : jusqu'au XV^e^ siècle, lorsqu'une contestation s'élevait sur l'existence et le sens d'une coutume non écrite, les juges cherchaient à en constater la signification et la portée au moyen de témoignages. On recourait ordinairement à l'enquête par tourbes. — Sous le règne de Louis XII, on déclare qu'une tourbe se compose de dix témoins, et, par analogie avec la règle qui exigeait deux dépositions pour faire preuve, on décide que, pour rapporter la preuve d'une coutume, il faudra deux tourbes (chacune de dix témoins).

Pendant cette période, dans le conflit qui peut s'élever entre la preuve orale et la preuve écrite, c'est la première encore qui l'emporte. Les travaux des juriscon-

sultes sont très nets là-dessus. Loysel, à une époque voisine de l'ordonnance de Moulins, formule la règle que « Témoins passent lettres » (1). Un peu avant lui, Jean Bouteiller disait, dans une expression analogue : « Que témoins par vive voix détruisent lettres », et développait très bien cette maxime : « S'il advient que aucun se vante que je lui ai donné aucune chose, et de ce, me fasse querelle en jugement, et l'offre à montrer et prouver par lettres, sachez que si je veux dire et exposer, par vifs témoins contre ses lettres, que je lui vendis, je serai à recevoir. *C. de probationibus. L. Cum precibus* » (2). Cependant, il cite un cas où les lettres l'emportent sur les témoins : en matière de rente annuelle et de cens : « Toutes fois peux et dois savoir que contre rentes annuelles ni cens qui de an en an se doivent payer par lettres, en ce cas, sont plus à croire que vive voix de témoins. Ni par déposition ne doivent, les anciennes lettres sur ce faites, être détruites si, inconvénient n'y a, et dès les premiers termes de paye on ne voulait proposer fausseté sur les lettres. *ff. de probat. l. census* » (3).

Toutefois, en sens contraire, Beaumanoir soutient que la preuve par témoins ne doit pas l'emporter sur l'attestation d'un écrit, sauf dans deux ou trois cas exceptionnels; il en est ainsi lorsque le débiteur prétend avoir payé, et invoque la quittance, ou soutient que le créancier lui a concédé un délai supplémentaire; « *ne n'en est, cil contre qui ele parole, oys de riens qu'il die contre le letre, s'il n'allegue paiement, cuitance ou respit* » (4). A ces cas, on peut encore en ajouter quelques autres, parmi lesquels l'allégation de la fausseté de l'écrit : « *Si*

(1) Loysel, *loc. cit.*, n° 774.
(2) Bouteiller, somme rural, t. CVI, p. 623.
(3) Bouteiller, *eod.*
(4) Beaumanoir, Cout. du Beauvoisis, éd. Beugnot, 1843, t. II, p. 42, n° 6.

le proeve est par letres ou par chartres, il le pot debouter par dire resons par quoi ele ne vaut riens : si comme s'il veut acuser celi qui l'aporte en preuve de fausseté, ou s'il dist qu'il a plus de vingt ans que le letre fut fete, par quoi il ne veut respondre a le dete qui est contenue dedens; ou s'il allegue paiement ou respit... » (1).

Beaumanoir n'est d'ailleurs pas le seul qui soutienne la supériorité de la preuve littérale. L'Abrégé Champenois des Etablissements de Saint-Louis porte une restriction plus générale à l'égard de la preuve par témoins : il ne l'autorise que dans les affaires d'une valeur inférieure à 60 sous (2). — Le statut d'Arles fixe cette limite à 100 sous, et celui de Bordeaux, à 50 livres (3).

Toutefois, ces décisions très particulières, et la doctrine exceptionnelle de Beaumanoir, n'enlèvent pas la supériorité générale et incontestable de la preuve par témoins : en cas de conflit, c'est elle qui l'emporte.

Cependant, la preuve écrite ne cessait de progresser : c'est ce qui explique les atteintes partielles précitées qu'elle avait portées à la preuve orale. D'un simple instrument de commodité qu'elle avait été à l'origine, l'écriture s'était transformée en un véritable besoin dont il était difficile de se passer : peu à peu, elle devint un mode probatoire, en même temps qu'un élément constitutif du contrat. Les écrits s'employaient plus fréquemment : on recourait à eux, pour la plupart des actes, surtout lorsqu'ils étaient importants, comme les contrats et les transferts de propriété. Ainsi prit naissance la théorie qui trouva sa consécration officielle dans l'ordonnance de Moulins.

(1) *Eod.*, p. 100, n° 22.

(2) Etablissements de Saint-Louis, t. III, p. 14.

(3) Giraud. Essai sur l'Histoire du Droit français, t. II, p. 237. — Et anc. Coutume de Bordeaux, art. 165. Coutumes du ressort du parlement de Guienne, t. I., p. 96.

Déjà, au Moyen-âge, certaines juridictions ecclésiastiques dressaient des actes notariés. — A son tour, saint Louis institua des notaires royaux pour conférer l'authenticité aux actes privés qu'ils recevaient.

D'autre part, les actes revêtus d'un sceau avaient acquis une assez grande autorité. Tout le monde n'avait pas le droit d'avoir un sceau, et parmi ceux qui le possédaient, il y avait des différences : ainsi, tandis que celui du bailli conférait l'authenticité à l'acte, il n'en était pas de même de celui du gentilhomme. — Il fallait d'abord établir la sincérité du sceau; on le pouvait, à défaut d'un aveu des parties, par des témoins plus ou moins nombreux.

Ainsi se constituait, peu à peu, une preuve écrite plus perfectionnée, qui ne tarda pas à l'emporter : les actes authentiques furent les premiers reconnus supérieurs aux témoins. Puis ce fut le tour des actes sous-seing privés, auxquels on accorda également une plus grande force probante.

Mais en fait on n'était pas obligé d'avoir nécessairement recours à l'écriture, pour constater et prouver les conventions particulières, puisqu'il n'existait, à ce sujet, aucune obligation légale : les parties étaient libres de prendre cette précaution : quand elles l'avaient négligé, elles pouvaient encore faire entendre des témoins (1).

III. — Période des ordonnances

La preuve littérale avait fait de très grands progrès : l'instruction s'était plus largement développée; l'imprimerie avait été découverte; il était maintenant beaucoup plus facile de pouvoir constater les conventions par écrit. Une réforme était donc possible, qui enlèverait

(1) Boncenne. Procédure civile, t. I, p. 184.

à la preuve par témoins son ancienne et vieille supériorité, pour la faire compter avec un mode nouveau, plus perfectionné; en tous cas, le terrain était tout préparé pour la recevoir.

Seulement, il fallait que des causes plus directes viennent hâter sa réalisation : on les trouva dans la corruption des témoins, qui était rendue plus dangereuse encore par le système de la preuve légale : il est beaucoup plus redoutable pour la découverte de la vérité pure, qu'en présence de déclarations mensongères, le juge soit obligé de les suivre, quand elles forment le nombre requis, sans avoir la possibilité d'écouter la voix de sa conscience : la subornation des témoins est sans doute un danger de tous les temps, mais celui-ci peut parfois être évité, si, quand le juge a découvert la fausseté des dépositions, il peut ne pas les écouter.

Les documents de l'époque et les motifs des ordonnances ne nous laissent aucun doute là-dessus, sur les mobiles qui ont inspiré les ordonnances dont nous avons à parler.

Le législateur français était d'ailleurs incité, à réviser son système de preuves par l'exemple d'autres législations :

Déjà, en 1453, le statut de Bologne interdit de recourir à la preuve testimoniale pour prouver le paiement du débiteur portant sur une somme supérieure à 50 livres. De son côté, le créancier devait apporter un écrit pour établir la créance qui dépassait 100 livres; il ne pouvait faire entendre des témoins, qu'en apportant un commencement de preuve par écrit. — Cette dernière condition était encore exigée pour prouver, par témoins, un testament, une cession ou un transport de droits quelconques (1).

(1) Danty. Preuve par témoins, p. xxviii, xxix et xxx.

Pareillement, suivant la même voie, les statuts des duchés de Milan et de Naples avaient considérablement restreint la force de la preuve testimoniale et lui préféraient souvent des écrits (1).

En France, avant les Ordonnances de 1566 et de 1667, celle de Villers-Côterets en l'an 1539 attestait déjà les progrès de l'écriture, en prescrivant, dans son article 5, « la tenue des registres en forme de preuve de baptêmes, contenant le jour et l'heure de la nativité, pour servir à prouver le temps de majorité ou minorité, et faire pleine foi à cette fin » (2).

Pratiquement cependant, cette prescription fut mal exécutée ; elle était d'ailleurs fort incomplète, puisqu'elle parlait seulement des naissances, et laissait tout à fait de côté les mariages et les décès (3).

En dehors de la preuve des actes de l'état civil, une organisation plus générale devait être essayée pour assurer la démonstration de tous actes et faits devant les tribunaux.

Une délégation fut mandée par le Parlement de Toulouse, au roi Charles IX, pour obtenir cette réforme d'ensemble qui substituerait la preuve écrite, à la preuve testimoniale dans la généralité des cas. L'ordonnance de Moulins, enregistrée le 23 juillet 1566, accéda à cette demande : elle venait à son terme; des plaintes s'étaient élevées de toutes parts contre la trop dange-

(1) *Eod.*, p. XXXI et XXXII.

(2) Boncenne, *loc. cit.*, p. 187.

(3) L'ordonnance de Blois de l'armée 1579 eut pour but de remédier à ces deux inconvénients : voici son art.181 : « Pour éviter les preuves par témoins que l'on est contraint de faire en justice, touchant les naissances, mariages, morts, et enterremes de personnes, enjoignons aux greffiers en chef de poursuivre par chacun an les curés ou leurs vicaires, du ressort de leurs sièges, d'apporter dedans deux mois, après la fin de chaque année les registres des baptêmes, mariages et sépultures de leurs paroisses, faits en icelle année ». Rapp. dans Boncenne, *loc. cit.*

reuse preuve testimoniale : et c'est pour tâcher de les calmer que fut voté l'article 54. Le texte législatif indique lui-même, avant de poser la règle nouvelle, les motifs qui l'ont poussé à la formuler : « Pour obvier à la multiplication des faits que l'on a vu ci-devant, être mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins, et reproches d'iceux dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès; avons ordonné et ordonnons que, dorénavant, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, pour une fois payer, seront passés contrats par devant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement, sera faite et reçue toute preuve desdites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu audit contrat, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit ou convenu avant celui, lors et depuis: en quoi, n'entendons exclure les conventions particulières, et autres qui seraient faites par les parties, sous leurs seings, sceaux et écritures privées » (1).

Cette ordonnance de Charles IX, bien que destinée à satisfaire des réclamations impérieuses, ne fut pas bien accueillie par tout le monde : elle souleva de très dures réclamations. Boiceau, dans son premier commentaire, la condamna avec sévérité (2). On l'accusa : 1° d'être trop dure pour les pauvres, puisqu'elle les astreignait à des formalités coûteuses ; 2° d'être odieuse par le soupçon de mauvaise foi qu'elle fait planer sur la parole des hommes, car « elle a, ce semble, défendu aux hommes de se fier les uns aux autres, comme s'il n'y avait plus de bonne foi parmi eux »; 3° de méconnaî-

(1) Recueil des lois françaises, par Isambert, t. XXIV, p. 189.

(2) Danty sur Boiceau. Preuve par témoin, *loc. cit.*, p. 18 et 19. Dans les pages suivantes l'auteur s'efforce de démontrer la supériorité de la preuve par témoins.

tre une règle fondamentale du droit civil qui accordait autant de confiance aux témoins qu'aux écrits. — On ne tardera pas, d'ailleurs, à louer unanimemnt l'œuvre nouvelle, la première surprise passée.

La disposition de l'ordonnance de 1566 fut reprise par l'Edit Perpétuel des Archiducs de Flandre, le 12 juillet 1611 : celui-ci s'inspira des mêmes motifs et posa une règle identique élevant, toutefois, à 300 livres Artois la limite d'admission de la preuve testimoniale (1).

L'application de l'ordonnance de Moulins souleva quelques difficultés juridiques: c'est pour les faire cesser, en même temps que pour combler certaines lacunes, que fut rendue l'ordonnance, au mois d'avril de 1667, par Louis XIV, à Saint-Germain-en-Laye. Elle a consacré le même système en le précisant.

Elle a remplacé le mot « contrat » par le mot « actes », afin de supprimer une interprétation restrictive d'après laquelle les faits juridiques, comme le paiement, par exemple, se seraient trouvés en dehors de la règle. — Elle a encore nettement indiqué que la preuve écrite des conventions peut résulter d'actes notariés ou sous-seings privés, tandis que l'ordonnance de Moulins semblait, à une lecture superficielle, ne parler que des

(1) Le texte de l'Edit. Perpétuel étant semblable, à peu de chose près, à celui de l'ordonnance de 1566 nous nous contentons de le reproduire en note : « Nous, pour obvier à ce, avons ordonné et ordonnons par cette présente, que de toutes choses dont nos sujets voudront traiter ou disposer, excédant la valeur de 300 livres Artois, une fois, soit par ordonnance de dernière volonté, donations, contrats de mariage, venditions ou autres contrats quelconques, fût de chose réelle ou pécuniaire de la valeur que dessus, ils aient à le faire par écrit, soit sous leurs signatures, ou par devant notaires et témoins, ou autres personnes publiques, selon la qualité et importance desdits contrats et dispositions, qui en dépêcheront les instrumens en forme, lesquels seuls serviront de toutes preuves ésdites matières, sans que les juges pourront recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu d'iceux ». Danty., *loc. cit.*, p. XXVII.

actes authentiques. — En reprenant l'interdiction de prouver outre et contre le contenu aux actes, elle a ajouté ces mots : « encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de cent livres», afin de prévenir une fraude qui aurait consisté à invoquer plusieurs paiements inférieurs à ce chiffre, mais dont le total l'aurait dépassé. — Elle a également fait cesser une controverse relative au dépôt volontaire, en le déclarant soumis à la règle. — Enfin, elle a ajouté une large exception, en soustrayant les affaires commerciales à la rigueur de la prohibition.

Il en est résulté une réglementation définitive de la théorie de la preuve, que notre Code civil de 1804 n'aura plus tard qu'à reprendre à peu près textuellement. Il suffit de lire l'art. 2 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, pour voir combien il ressemble à l'art. 1341 du Code Napoléon : « Seront passés actes par devant notaires ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dépôt volontaire; et ne sera reçue aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de cent livres, sans toutefois rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands. »

Quant aux autres dispositions qui complètent et déterminent exactement l'application de cette règle générale, ils se trouvent dans les articles suivants du même titre 20 de l'ordonnance; et le Code civil n'a fait encore que les copier : aussi serait-il sans intérêt particulier de les étudier spécialement, puisque nous allons les retrouver.

DEUXIÈME PARTIE

LA PREUVE TESTIMONIALE DANS NOTRE DROIT ACTUEL

CHAPITRE PREMIER

DE LA PLACE ET DE L'IMPORTANCE DE LA PREUVE PAR TÉMOINS DANS LE CODE CIVIL

I. Idée générale sur notre système de preuves. — 1. Le Code civil a reconnu la supériorité de la preuve écrite. Divers modes de preuve.

II. La preuve préconstituée. — 2. Elle est écrite et se réalise de plusieurs façons. — 3. D'abord par l'acte authentique : notarié, judiciaire, ou administratif. — 4. Ensuite par l'acte sous-seing privé. — 5. et par les registres des marchands.

III. Preuve in futurum. — 6. Notre droit n'en connaît qu'une application imparfaite dans la vérification d'écritures.

IV. Preuve actuelle. — 7. C'est la preuve testimoniale restreinte dans notre Code pour les mêmes motifs qu'au seizième siècle. — 8. Elle est rejetée comme mode ordinaire de preuve, admise seulement au-dessous de 150 francs. — 9. Rigueur excessive du Code civil dans le calcul des 150 francs. — 10. L'art. 1345 est la disposition qui montre le mieux cette rigueur. — 11. Dans le conflit avec la preuve écrite, celle-ci l'emporte toujours : défense de prouver contre et outre le contenu aux actes. — 12. Cependant des exceptions ont été nécessaires à la prohibition générale. — 13. Dans les affaires commerciales. — 14. Quand il y a un commencement de preuve par écrit. — 15. Quand il a été impossible de se procurer un écrit. — 16. Enfin la preuve des faits purs et simples peut se faire par témoins.

I. — Idée générale sur notre système de preuves

Nous savons que la matière des preuves peut obéir à deux principes opposés : ou bien à une entière liberté de production, comme dans le droit romain de l'époque classique, — ou bien à l'organisation réglementaire de la preuve légale, comme dans presque toutes les légis-

lations primitives. Laquelle de ces deux inspirations a suivi le Code civil ?

Nous avons indiqué, à la fin du chapitre précédent, qu'il a simplement reproduit le sysème des ordonnances. — Il ne pouvait évidemment pas revenir à ces règles grossières, imposant au juge une solution qui apparaît manifestement erronée à l'esprit de n'importe quel juriste ou non juriste actuel. Mais on aurait pu croire qu'il irait plus loin dans la voie de la liberté, car son système n'est pas entièrement affranchi de toute trace de preuve légale. Son idée générale, sur laquelle seulement nous voulons insister, est d'obliger les parties à se ménager une preuve écrite, à défaut de laquelle on ne peut faire entendre de témoins.

Nous indiquerons, dans ce chapitre, les traits généraux de l'organisation positive de la preuve; nous avons simplement à en retracer sommairement les grandes lignes, à en faire ressortir l'inspiration, pour voir ensuite comment la pratique a pu l'appliquer. Notre but n'est pas, en effet, de refaire, une fois de plus, l'exposé de notre système de preuves, souvent mieux fait qu'il ne le serait par nous, mais d'en indiquer, comme dans une vision fugitive, la conception d'ensemble, pour l'opposer plus loin à l'œuvre de la jurisprudence.

L'idée qui domine, dans le Code civil, c'est l'incontestable supériorité de la preuve littérale sur la preuve testimoniale (1). Le législateur de 1804 se trouva en présence de deux moyens (2) pour établir l'existence

(1) Rapport du tribun Jaubert dans Fenet, Travaux préparatoire du Code civil, t. XIII, pages 377, 395 et 396.

(2) Nous ne nous occupons que de ces deux modes de preuve, car ils tiennent la majeure partie de notre droit probatoire. L'aveu et le serment sont exceptionnels : l'aveu n'est pas toujours facile à obtenir. Le serment est bien loin d'avoir son antique prestige : il n'est d'ailleurs qu'un mode subsidiaire et

des faits, dont les caractères étaient opposés : la preuve par témoins, plus souple et plus commode, plus facilement malléable, s'adaptant mieux à la variété des diverses situations, et, par conséquent, plus près de la vérité, quand elle est bien ordonnée. Mais elle ne va pas sans une assez grande liberté. C'est pourquoi les rédacteurs du Code civil ne l'ont point préférée. Elle leur a paru trop vague et prêtant trop à l'arbitraire. Ils ont mieux aimé la preuve écrite qui se présentait avec des qualités contraires : la précision, la durée, et la sincérité (1) : son grand avantage est de supprimer l'hésitation, et d'empêcher l'interprétation personnelle du juge. Il en « résulte ce que Bentham appelle la vertu anti-religieuse. Un procès a sa racine dans un doute; écarter un doute, c'est prévenir un procès ».

C'est cette tendance favorable à l'excès à la preuve écrite que nous avons maintenant à mettre en lumière dans l'exposé rapide de la législation du Code civil. Nous allons voir combien est infime la place réservée par la loi civile à la preuve par témoins : dans la preuve préconstituée, il ne saurait en être question lorsqu'on part d'un tel point de vue. — La preuve *in futurum* n'a en somme pas été organisée par notre loi. — Enfin les témoins trouveront leur place dans la preuve actuelle, mais parce qu'il ne pouvait pas en être autrement .

peu usité : même il occupe dans le code civil une place trop grande. Quand aux présomptions, en dehors des présomptions légales qui sont moins des modes de preuve que des règles d'ordre et de sécurité, elles ne forment pas un moyen parfait par lui-même, puisqu'elles ne sont guère admises que dans les cas où la loi entend les témoins. En définitive, sans nier l'importance de toutes les autres preuves, il reste vrai que l'écrit et les témoins sont de beaucoup les plus fréquentes et les plus importantes.

(1) La comparaison des avantages respectifs des preuves par écrit et par témoins est classique et bien connue : Voir par exemple, en dehors des ouvrages courants de droit, Derome, Revue de législation et de jurisprudence, année 1850.

II. — Preuve préconstituée

La preuve préconstituée réside dans la constatation par avance des faits juridiques dont il faudra plus tard démontrer l'existence. — Il est nécessaire que dans une société on conserve la trace des différents rapports de droit d'une manière assez sûre, car ils sont exposés à des éventualités dangereuses qui risquent de les faire périr, ou de les atteindre gravement.

Rien ne s'oppose à ce que la preuve préconstituée soit assurée par des témoins; il en est ainsi en Angleterre au moyen de l'affidavit (1). Mais, chez nous, et le plus souvent, elle est écrite. Elle est ainsi plus simple et plus forte. Sans doute, il est facile d'appeler des personnes qui assisteront au contrat, qu'il sera donc possible d'interroger plus tard, mais c'est un moyen imparfait, car de nombreuses causes peuvent enlever aux témoins le souvenir de l'acte, ou bien les empêcher de comparaître : ces témoins peuvent même être morts ou avoir disparu. La preuve testimoniale ne réalise donc pas le résultat essentiel que l'on attend de la preuve préconstituée et qui réside dans la plus grande stabilité possible. Lorsqu'on veut assurer, pour l'avenir, la preuve d'un fait, il s'agit de constater une convention souvent compliquée sur laquelle on est d'accord.

Il n'y a guère alors, comme le fait notre Code, qu'à recourir à un acte écrit : cet écrit peut revêtir diverses formes; il peut être authentique ou sous-seing privé. Jusque-là, tout le monde est du même avis. Seulement, le reproche que l'on peut faire à notre législateur, c'est

(1) Voir sur cette institution Selim, La loi anglaise au point de vue pratique et commercial.

d'avoir abusé de la preuve écrite, de l'avoir souvent reconnue comme indispensable, alors que, par des dépositions, on pourrait arriver aux mêmes résulats.

Mais voyons d'abord, en quelques mots, les différentes formes de la preuve préconstituée :

1° *L'Acte Authentique.*

L'acte authentique est la première réalisation de la preuve préconstituée. Il repose sur le témoignage d'une personne que le législateur a investie de sa confiance, en raison des garanties qu'elle présente : son honorabilité, la sincérité que l'on a exigée d'elle, en lui donnant une mission particulière, en même temps que les pénalités rigoureuses qui la menacent au cas où elle manquerait à ses devoirs, permettent de se reposer sur ses constatations, de croire à la vérité des clauses par elle rédigées.— En résumé, le notaire n'est pas un témoin ordinaire, mais un officier public. Ce qui rehausse la valeur de son témoignage, c'est la consécration officielle qu'il a reçue de l'autorité centrale. La preuve qui émane de lui prend un caractère plus énergique, qui n'est pas le cachet d'une plus forte vérité (car le notaire n'est qu'un homme), mais le sceau de l'investiture reçue.

Il est vrai que le notaire peut se tromper comme quiconque : et c'est pourquoi on ménage, contre les actes, par lui rédigés, la voie de l'inscription de faux. Mais il ne faut pas la faciliter, car on veut mettre l'officier public à l'abri des poursuites vexatoires, et surtout des discussions même de bonne foi si elles sont trop fréquentes, parce que leur sincérité n'empêcherait pas l'atteinte portée au prestige du notaire. Aussi l'a-t-on rendue très périlleuse : seuls, ceux qui auront pleinement raison, oseront l'entreprendre.

Par là, apparaît l'intention du législateur : assurer

une preuve essentiellement sûre et fixe : le notaire peut mourir, s'en aller, être remplacé : l'autorité des actes par lui rédigés restera la même.

De plus, la force de l'acte notarié se trouve accrue lorsqu'il porte la signature de la partie : c'est une reconnaissance, par l'intéressé, de tout ce qui vient d'être fait par le notaire; cette approbation est un aveu qui apporte à l'acte un appui très solide.

L'acte authentique notarié forme la meilleure réalisation de la preuve préconstituée. On voit que sa conception est très énergique. Mais son application n'a pas toujours été exactement la même : voici comment elle a varié : nous ne remonterons pas à l'ancien droit, dont nous avons dit quelques mots dans l'historique qui forme notre première partie : nous nous bornerons à rappeler des notions que l'on connaît, mais nécessaires à connaître pour l'ensemble du sujet :

La loi du 25 ventôse an XI avait prescrit la signature, au moment de la rédaction, d'un notaire en second et de deux témoins instrumentaires. En fait, on se contenta de faire signer les deux témoins et le notaire en second, après coup. La pratique avait trouvé exagérée l'organisation de cette preuve : on accordait toute sa confiance à un seul notaire qui se chargeait d'obtenir ensuite les signatures supplémentaires. Cela montre qu'il ne faut pas pousser trop loin les précautions à prendre dans la matière.

La loi du 21 juin 1843 intervint pour régulariser l'état de chose : sauf pour un certain nombre d'actes (donation entre époux pendant le mariage, révocation de donation et de testament, reconnaissance d'enfant naturel), elle valida la pratique suivie pour le passé et l'autorisa dans l'avenir.— Une autre loi, bien postérieure, du 12 août 1892, exigea la présence réelle du notaire en

second et des deux témoins instrumentaires pour les actes, où l'une des parties ne saurait pas signer.

Aujourd'hui donc, sauf pour les actes particulièrement importants et les cas où un illettré est en cause, un seul notaire rédacteur est suffisant.

A côté des actes notariés, tous ceux qui ont été dressés par un officier public sont également des actes authentiques (art. 317, C. civ.).

Il en est ainsi des actes judiciaires et des actes de l'état civil : les premiers sont ceux qui ont été dressés par les juges, greffiers et officiers ministériels, pendant une instance. Les seconds sont ceux qui constatent les événements relatifs à l'état d'une personne. Dans les deux cas, en raison de l'importance de ces actes, la loi a voulu les soumettre à une preuve solidement organisée.

On est encore généralement d'accord pour reconnaître le caractère authentique, aux actes administratifs, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Ce sont les actes de gestion « dressés par l'autorité même qui est chargée de cette gestion (1) », par exemple : ceux qui ont été faits par un maire, au sujet de « l'administration des biens communaux ». Les personnes qui dressent de pareils actes, préfet ou maire par exemple, sont des officiers publics : quand ils observent les solennités requises, ils dressent donc des actes authentiques.

Dans tous ces cas, on se trouve en présence d'une preuve particulièrement énergique, puisqu'il faut la voie de l'inscription de faux pour pouvoir l'attaquer : la loi a voulu que, dans les circonstances particulièrement graves, toute discussion soit évitée : elle a imposé un mode

(1) Brémond. Authenticité des actes passés en la forme administrative. Revue critique, 1898, p. 401.

obligatoire qui établira, sans conteste possible, l'existence des contrats ou faits importants.

2° *L'Acte sous-seing privé.*

Le législateur n'a pas restreint, à l'acte authentique, le rôle de l'écriture dans la preuve préconstituée.

Il a également prévu l'acte sous-seing privé; c'est celui qui est rédigé en dehors de l'intervention d'un officier public quel qu'il soit, et signé par les parties : la signature est la seule condition essentielle.

Ce genre de preuve préconstituée se suffisant à lui-même d'une façon complète, est de date relativement récente : nous avons vu que les Romains ne connurent, en fait d'actes privés, qu'une organisation défectueuse et plus compliquée : c'étaient des écrits rédigés par des tabellions ou des particuliers, mais non généralement revêtus de la signature des parties : tout au plus portaient-ils leurs sceaux; et leur efficacité dépendait de nombreux témoins. — Dans notre ancien droit, ce n'est guère qu'après Dumoulins qu'on a exigé la signature : jusqu'au seizième siècle on usait plutôt du sceau. — Aujourd'hui, la signature est indispensable à l'écriture privée. Sans doute, au regard des tiers, il faudra plus que cela : la date ne fera foi que si, en raison de l'accomplissement de certaines formalités, elle peut être considérée comme certaine. Mais sans cela, l'écrit n'en est pas moins un acte sous-seing privé.

Sa valeur est bien inférieure à celle de l'acte authentique : il ne s'impose pas comme tel, par le seul fait de son apparence : il faut qu'il ait été reconnu ou vérifié : jusque-là, il ne se suffit pas à lui-même.

3° Il faut enfin mentionner, comme autre mode de preuve écrite préconstituée, les registres des marchands, mais simplement pour mémoire.

Telle est l'idée de la preuve préconstituée dans le droit français. La préoccupation du législateur a été non pas d'en restreindre l'application à quelques cas particulièrement importants, mais de l'étendre le plus possible : c'est que le but principal presque unique a été pour lui d'étouffer dans leur germe la plupart des procès. Afin de laisser le moins possible au hasard, il a exigé presque toujours une preuve écrite. D'autre part, l'habitude d'une autorité centrale qui imposait à un peuple avide de repos des règles impératives, devait, bien que peut-être inconsciemment, faire préférer et exagérer un système qui obligeait les parties à garantir leurs rapports juridiques, et apportait au juge un document devant lequel il n'avait qu'à s'incliner.

En un mot, les rédacteurs du Code civil, dans les diverses qualités que l'on peut exiger d'un mode de preuve, ont préféré la sécurité et la durée : aussi ont-ils donné toute l'importance à la preuve écrite.

III. — Preuve in futurum (1).

Il n'en est pas de même de la preuve *in futurum ;* elle ne se trouve pas dans notre législation, du moins à l'état pur. C'est la preuve qui n'a point été ménagée lors de la convention ou du fait à retenir, mais qui va l'être avant qu'ils soient devenus l'objet d'une contestation litigieuse. On craint par exemple que des témoins aient disparu lorsqu'il s'agira d'assurer la reconnaissance d'un fait. Pour parer à ce danger, on recueillera leurs témoignages à l'avance.

(1) On pourrait, dans l'étude de la loi française, rattacher l'examen de la preuve in futurum à l'acte sous-seing privé, puisque sa seule application est dans la vérification d'écritures. Mais comme elle forme un genre de preuve particulier, il convenait de l'étudier séparément, au moins pour en signaler l'importance.

L'enquête *in futurum* fut autorisée par le droit romain et notre ancien droit. La législation actuelle ne la connaît que dans une application imparfaite : celle de la vérification d'écritures. Ce n'est pas là le véritable type de l'enquête *in futurum*, car celle-ci suppose l'absence de tout élément établi ; or, dans la vérification d'écritures, il y a déjà un écrit dont la signature seule a besoin d'être prouvée.

La vérification d'écritures est ordonnée par le tribunal dans un jugement qui fixe les moyens de preuve à employer, art. 195 C. pr. : titres, témoins ou experts; ce jugement peut prescrire l'emploi particulier de l'un de ces trois procédés ou leur emploi simultané, et ordonner qu'il sera procédé à deux enquêtes successives (1). Si le tribunal ne fixe rien, la partie est libre de manœuvrer à sa guise. La preuve par titres sera rare, car il est exceptionnel de trouver dans un acte la reproduction de l'écrit contesté (2). Les témoins seront interrogés sur la confection ou la signature même de l'écrit : il ne peut donc être question de la limite de 150 francs (art. 211 C. pr.). Il n'est pas nécessaire que les témoins interrogés aient assisté à l'acte incriminé, car les personnes qui ont vécu dans l'intimité et dans la familiarité du signataire de l'acte peuvent apporter des données très certaines.

Quant aux experts, leur rôle est de procéder à une comparaison d'écritures ; mais il ne semble pas qu'ils apportent des résultats très certains, témoin certaines affaires sensationnelles dans lesquelles les témoignages étaient opposés, aux dires des experts : aussi vaut-il mieux s'en rapporter aux dépositions des témoins. « Le témoignage, en effet, atteste directement le fait en ques-

(1) Garsonnet. Traité théorique et pratique de procédure. Tome II, 2me éd. p. 649, note 2.

(2) Boncenne. Procédure civile, t. III, p. 476.

tion, tandis que la comparaison des écritures repose sur une vraisemblance, sur un calcul de probabilités. »

Cependant, en cette matière, la preuve testimoniale peut présenter des dangers particuliers. Aussi la loi a-t-elle laissé au juge une entière liberté de décision. Il pourra entre tous les moyens choisir ceux qui formeront la base de son jugement, sans s'en tenir à une priorité quelconque.

IV. — Preuve actuelle

La preuve actuelle se fait au moyen de témoins : c'est la preuve testimoniale proprement dite. La place que lui a ménagée le Code civil est extrêmement réduite. En principe, elle n'est pas admise, et ce n'est que dans quelques exceptions que le législateur a cru devoir l'autoriser. Celui-ci s'est, en cette matière, laissé guider par la plus grande rigueur.

Les motifs qui l'ont inspiré sont les mêmes qui avaient fait rendre les ordonnances de 1566 et 1667 : il a voulu éviter la corruption des témoins et la multiplication des petits procès. Au surplus, aucune raison ne l'incitait à innover sur la législation antérieure. Les mœurs du temps comparées à celles des époques précédentes n'avaient point encore assez changé pour déterminer une orientation nouvelle dans la législation : le commerce n'avait pas encore pris la grande extension qu'il réalisera plus tard lorsque, par la grande facilité des communications, il deviendra si aisément international. L'industrie ne connaissait pas les vastes entreprises. Les valeurs importantes étaient immobilières et s'acquéraient difficilement après de longues et mûres réflexions. On ne pouvait pas spéculer sur des sommes importantes mais aisément maniables avec autant de rapidité qu'on en

pourra mettre quelques années plus tard. En un mot, aucune des puissantes transformations qui illustrent le XIX[e] siècle n'était encore accomplie. Rien ne les laissait prévoir : et d'ailleurs les eût-on soupçonnées qu'il eût été impossible de leur adapter brusquement une vie juridique nouvelle.

Aussi le législateur a-t-il adopté jusque dans les détails le droit antérieur : toutes les fois qu'il aura été possible aux parties de se ménager un écrit, la preuve par témoins ne sera pas admise. La règle générale est qu'on doit toujours se munir d'une preuve littérale. Le Code, répète-t-on souvent, est surtout une œuvre de transaction ; sans doute, dans la plupart des matières, mais ici, il est surtout une œuvre de tradition : et il a consacré l'incontestable supériorité de la preuve écrite, inscrite dans le droit civil depuis le XVI[e] siècle.

Il nous faut exposer rapidement les règles d'admission de la preuve par témoins : il ne sera pas besoin de longs commentaires pour faire ressortir la rigueur avec laquelle le législateur de 1804 les a entendues. Cette rigueur apparaîtra d'elle-même au seul examen des textes ; on y sent percer un sentiment d'hostilité très prononcé envers les témoins.

La preuve par témoins soulève deux questions : celle de savoir si on doit l'admettre, et dans quelle mesure lorsqu'elle est seule, en premier lieu ; ensuite, celle de déterminer sa force quand elle se trouve en conflit avec une preuve écrite.

Le premier point à trancher, disons-nous, était celui de savoir si la preuve testimoniale devait toujours être admise. A ce sujet, l'hésitation n'a pas été longue. Les rédacteurs du Code civil ont surtout cherché des preuves qui se conservent facilement et que le juge puisse facilement apprécier : à ce point de vue, « la preuve

littérale est celle qui doit le plus satisfaire la justice, puisque c'est elle qui peut le mieux être appréciée par les juges, à la différence de la preuve testimoniale qui ne peut les diriger toujours aussi sûrement » (1). Cette dernière ne pouvait donc être admise comme moyen ordinaire de preuve. L'article 1341 C. civ. l'interdit pour toutes choses excédant la valeur de 150 francs. Au-dessous, la loi a jugé qu'il serait trop dur d'imposer la forme notariée ou sous-seing privé pour les petites gens, et trop gênant à cause de la multiplicité des actes peu importants et de la rapidité avec laquelle on a coutume de les passer.

Seulement le Code a voulu se montrer plus rigoureux que l'ancien droit : la somme de 150 francs n'est pas proportionnelle à celle de 100 livres qui était auparavant fixée : elle représente une valeur inférieure, abaissant ainsi la limite dans laquelle est reçue la preuve testimoniale. Cette diminution ne vient pas d'un hasard ni d'une inattention : elle a été intentionnelle, ainsi que le constatent les travaux préparatoires : « D'une part, les circonstances morales ne sont pas propres à encourager le législateur à donner plus de latitude à la preuve testimoniale ; de l'autre il a dû considérer que l'usage de l'écriture était devenu plus familier » (2).

Le Code a ensuite indiqué comment devaient se calculer les 150 francs : ici encore il s'est montré sévère. Dans sa méfiance à l'égard des témoins, il a considéré qu'il ne suffisait pas d'avoir maintenu à un taux très bas la valeur des affaires sur lesquelles ils pourraient être entendus. Il a lui-même interprété ce taux dans un sens très restrictif, de façon à ne pas laisser aux

(1) Rapport du tribun Jaubert, dans Fenet. Travaux préparatoires, t. XIII, page 377 précitée.

(2) Fenet, *loc. cit.*, p. 396.

tribunaux une liberté d'appréciation qui aurait eu pour résultat de diminuer la force du principe. Il semble qu'il aurait dû opter entre deux positions extrêmes : se placer soit au jour de la naissance du droit, soit au jour où la demande est formée. D'une part, en effet, la crainte de la corruption des témoins apparaît au moment où la convention se conclut ; ce serait donc alors à cet instant qu'il faudrait faire l'évaluation nécessaire pour savoir si les témoins seront recevables. Par contre, le désir d'éviter qu'à tout instant se soulèvent de multiples contestations, favorisées par une preuve flottante, devait conduire le législateur à se placer au jour où le procès était intenté. — Cependant, le Code civil n'a choisi ni l'une ni l'autre de ces appréciations, ou plutôt il les a acceptées toutes les deux à la fois. Dans sa prévention à l'égard d'une preuve qu'il n'avait admise qu'à regret, il a successivement envisagé chacun des deux points de vue, pour s'en tenir toujours à celui qui donne le chiffre le plus élevé. L'article 1342 décide que lorsqu'un créancier demande dans la même action le capital et les intérêts, le calcul des 150 francs se fera sur la somme totale réclamée, de telle sorte qu'alors même que la créance principale serait inférieure à 150 francs, la preuve testimoniale se trouverait proscrite. Cette disposition procède d'une sévérité excessive, car on ne peut reprocher au créancier aucune faute ni seulement un manque de prudence. Lorsqu'il a prêté une somme inférieure au chiffre indiqué par l'article 1341, il n'a pas songé à se ménager une preuve écrite ; bien plus, il n'avait pas besoin d'y penser, puisqu'il ne faisait que se conformer à la loi. Dans cette hypothèse, le Code civil apprécie la valeur du litige au moment où la demande est formée. A l'inverse, il se place au moment initial lorsqu'il s'agit d'une valeur qui a diminué depuis

lors : ainsi, lorsque le litige porte sur une créance dont le chiffre originaire était supérieur à 150 francs, mais qui a été progressivement abaissée au-dessous de ce chiffre par des paiements partiels, le créancier, qui poursuit le recouvrement du solde, doit apporter la preuve écrite de l'obligation. Ici la rigueur de la disposition apparaît un peu moins en ce sens que le créancier était prévenu : il aurait dû prendre ses précautions. Mais il n'en demeure pas moins qu'en législation la manière d'entendre le principe de l'article 1341, dans le sens le plus sévère en dehors de toute unité d'interprétation, reste très critiquable.

De pareilles dispositions nous font comprendre que le législateur de 1804 n'a eu qu'un but en vue : arriver à restreindre le plus possible la preuve testimoniale. Sa sévérité est-elle uniquement motivée par le danger de la subornation des témoins ? il semble le dire, mais peut-être a-t-il obéi, sans s'en rendre compte, à un secret penchant pour la preuve écrite qu'il préférait, comme nous l'avons dit, pour ses qualités de précision et de sûreté, évitant l'arbitraire du juge. Les motifs de la règle prohibitive ne se retrouvent pas en effet dans des hypothèses comme celle de l'article 1345, et cependant la preuve par témoins y est écartée : voici ce texte : « Si dans la même instance une partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme de 150 francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différents temps, si ce n'était que ces droits procédassent, par succession, donation ou autrement, de personnes différentes ». Par l'effet de cette disposition, le créancier subit, ni plus ni moins, l'effet d'une injustice qu'il

lui est impossible de prévenir (1). Il est simple qu'il ne se trouve pas en faute de n'avoir pas fait constater par écrit des créances qui, au moment de leur origine, étaient inférieures à 150 francs : et dès lors qu'il se trouve frappé sans qu'on puisse retourner contre lui la moindre négligence, on ne voit pas où peut être le motif de la loi. Faut-il dire qu'il aurait dû, au moment où de nouvelles créances ont élevé la somme, qui lui était due par une première créance passer acte du total ? (2) Mais aucun article du Code ne l'oblige à le faire. L'article 1345 ne prononce pas une telle obligation. En tout cas on ne s'entend pas sur le sens qu'il convient de lui donner : veut-il dire que la preuve par témoins sera refusée pour établir chacune des créances prise à part, ou simplement pour la réunion totale de toutes ensemble ? son texte prête aux deux interprétations, et chacune d'elles a ses partisans : les uns voudraient autoriser le créancier à établir par témoins les premières créances inférieures à 150 francs, et n'exiger un écrit que pour les suivantes. Les autres veulent un écrit pour la preuve de l'ensemble. Comment donc le créancier pourrait-il savoir exactement ce qu'il a à faire en présence d'une loi si peu explicite ?

Cet article soulève d'ailleurs d'autres difficultés d'explications que nous nous bornerons à mentionner : faut-il tenir compte, pour l'exigence d'une preuve écrite, quand plusieurs créances excèdent 150 francs, seulement de celles qui ne sont pas constatées par écrit ou bien aussi de celles qui sont déjà appuyées par un écrit ou

(1) On excepte toutefois les créances inférieures à 150 francs que le tuteur fait valoir contre son ex-pupille dans l'action en reddition de comptes. On argumente de l'art. 471 C. civ. qui accorde au tuteur toutes créances qui sont « suffisamment justifiées ».

(2) Bellissen. La preuve par témoins, p. 90 à 97.

un commencement de preuve par écrit ? Cette question est controversée, et le créancier ne peut savoir ce que la loi lui commande. D'ailleurs, quand est-ce qu'il pourra être sûr d'avoir entre les mains un commencement de preuve ? celui-ci peut être si diversement entendu qu'il embarrasse encore plus sa situation.

A un autre point de vue, sur quoi portera l'ensemble des créances dont la jonction oblige à se ménager une preuve écrite ? sur celles qui sont exigibles, ou bien même sur celles qui ne sont pas encore arrivées à terme ? Nouvel embarras.

Une autre difficulté de fait survient quand une ou plusieurs des créances qu'il faut totaliser ne porte pas sur une somme d'argent : il faut alors procéder à une expertise dont les résultats peuvent varier, et le créancier peut croire sa créance inférieure à la valeur qu'un expert lui aurait attribuée : la rigueur de la loi se trouve donc subordonnée à une appréciation forcément imprécise et délicate parce qu'elle est personnelle.

Il n'est pas besoin de développer toutes ces controverses suscitées par l'article 1345. Leur exposé suffit à montrer, avec la complication de la matière, l'incertitude dans laquelle on se trouve : un créancier quel qu'il soit ne songera jamais à tout cela : on ne peut supposer que la loi ait voulu lui imposer autant de précautions ; et alors même qu'il voudrait les prendre, il ne le pourrait pas parce qu'il ne saurait jamais à quoi s'en tenir d'une façon bien sûre.

Nous ne disions donc pas trop tout à l'heure quand nous disions que la situation de ce créancier n'était rien moins qu'injuste. Et quel intérêt la loi y gagne-t-elle ? la suppression de nombreux procès de faible importance ; mais nous avons vu par ailleurs toutes les contestations que soulève l'article 1345 : au lieu d'empêcher

quelques procès, il en fait naître de plus nombreux. Faut-il soutenir alors qu'on a redouté la subornation des témoins ; mais vraiment elle était ici bien moins à craindre : il s'agit en effet de nombreuses créances : les témoins ne seront pas les mêmes pour chacune d'elles ; ils pourront être très nombreux : comment supposer sérieusement la corruption sur une aussi vaste échelle ? Et, de plus, n'est-ce pas seulement pour les créances portant sur de fortes sommes que la loi s'est méfiée de la sincérité des hommes ? or, ici nous n'avons que des créances minimes. Si le chiffre de 150 francs est trop petit pour payer aujourd'hui le mensonge d'un ou de plusieurs témoins, il le demeure pour une autre créance qui ne naîtra que postérieurement, quelques années après peut-être, en présence d'autres personnes.

La disposition de l'article 1345, après s'être montrée d'une rigueur excessive, ne peut trouver aucune excuse ni explication. Elle est donc particulièrement caractéristique de la défaveur avec laquelle est considérée la preuve testimoniale par notre législation positive : voilà un créancier qui prête une somme à quelqu'un pour lui rendre service ; il pourra, si le prêt est inférieur à 150 francs, en faire la preuve par témoins ; mais si plus tard il donne encore de l'argent à la même personne il n'aura plus ce moyen, et il l'aura perdu uniquement parce qu'il aura fait un second prêt ! La rigueur de la loi est telle ; et il ne peut songer à l'éviter en formant successivement plusieurs demandes : l'article 1346 l'en empêche : « Toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit, seront formées par un même exploit, après lequel les autres demandes dont il n'y aura point de preuves par écrit ne seront pas reçues ».

L'article 1345 apporte seulement une exception à la

règle qu'il formule : la preuve par témoins sera recevable lorsque les diverses créances actuellement réunies sur la même tête proviendront originairement de personnes différentes. La concession n'est pas bien grande, car on ne voit pas comment il eût été possible de ne pas l'accorder.

En résumé, le législateur du Code civil a voulu restreindre le plus possible l'admission de la preuve par témoins : le juge n'a-t-il à examiner qu'une créance isolée, il devra exiger que l'on en cumule tous les éléments principaux et accessoires, et pourvu, d'autre part, qu'à un moment quelconque elle dépasse la limite de l'article 1341, cela suffit pour que celui-ci devienne applicable. A-t-il au contraire à vérifier plusieurs créances, la loi a prévu le cas et prescrit tout le possible pour les réunir de manière à leur faire franchir cette faible limite.

Voyons maintenant ce qui va se passer au cas où la preuve testimoniale entre en conflit avec la preuve écrite : la solution de la loi nous est connue d'avance, par prévision : s'il eût été permis d'opposer les déclarations de témoins au contenu d'un acte, la règle de l'article 1341 aurait été trop facilement tournée : à quoi bon rédiger un écrit si on pouvait le contredire par des dépositions ? D'ailleurs, quand la loi se trouve en présence d'un écrit, elle a la preuve sûre et fixe qu'elle préfère ; il était naturel qu'elle ne tienne pas compte d'autre chose. De là, la disposition contenue dans l'article 1341 : « Il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs ». Ce texte n'est que la reproduction de la vieille maxime « Lettres passent témoins ». Quand un

écrit a été dressé, que ce soit au-dessus ou au-dessous de 150 francs, les témoins sont irrecevables à le remplacer, et ne peuvent le combattre ; ils ne peuvent pas établir qu'une clause non mentionnée dans l'acte a été cependant convenue entre les parties, ni que une autre qui y figure n'en fait réellement pas partie, ni enfin que des modifications postérieures sont survenues qui étendent ou restreignent la convention portée dans l'acte. En un mot, quand un écrit est présenté, il fait preuve complète : on ne peut rien alléguer par témoins, ni contre ni outre son contenu; et cela, même au-dessous de 150 francs.

Nous n'avons pas à nous livrer à une étude détaillée de la prescription légale que nous sommes en train d'exposer ; cependant nous devons faire observer qu'il aurait été plus logique de séparer les deux règles que la loi a réunies dans la même disposition : l'interdiction de prouver contre le contenu des écrits se justifie très bien ; elle est la véritable sanction du premier principe posé avant elle dans l'article 1341 ; l'obligation de passer acte au-dessus de 150 francs risquerait, sans elle, de demeurer illusoire. Il est d'ailleurs particulièrement grave de vouloir soutenir par des témoignages la fausseté ou l'erreur des clauses d'un acte ; c'est prouver contre ce qui a été formellement, peut-être même officiellement (s'il s'agit d'un acte authentique), constaté ; on ne prétend alors rien moins que de réformer l'écrit, de le corriger, de le refaire, de montrer qu'il est vicié dans certaines de ses dispositions ; et on se heurte à un accord de volontés qui a laissé des traces matérielles, par conséquent certaines. Jusque-là, donc, et quelque opinion que l'on puisse avoir en législation sur la valeur de la preuve par témoins, la seconde règle de l'article 1341 est fort justifiable, en tous cas parfaitement logi-

que. Cependant le Code civil est allé plus loin : toujours dans la même pensée favorable aux écrits et hostile aux témoins, il a interdit à ceux-ci de prouver outre le contenu d'un acte : par exemple un prêt a été consenti au taux de 3 % ; le créancier ne pourra alléguer, en appuyant ses dires, sur des témoignages, qu'en réalité c'est à 5 % qu'il a prêté son argent : ce serait prouver outre l'écrit, ce que la loi défend. Et nous trouvons qu'en édictant cette défense, elle est allée trop loin. On comprend que lorsque la preuve écrite et la preuve testimoniale se trouvent en opposition, quand l'une affirme une chose que l'autre nie, le législateur, porté vers la première par ses préférences, lui ait accordé la supériorité, puisque des deux il faut, dans sa pensée, que l'une l'emporte. Mais quand elles portent sur des points différents, il n'y a pas de conflit à trancher : au contraire, toutes deux peuvent se cumuler. Il devrait donc être possible de montrer que l'acte n'a pas tout prévu, de le compléter, car il n'y a aucune atteinte portée à son autorité de prouver des clauses qui ne sont pas incompatibles avec lui : au contraire même, la preuve testimoniale apparaît comme un adjuvant de la preuve écrite, puisqu'elle se présente à côté d'elle et en dehors d'elle : et elle sert bien la vérité puisque sans elle celle-ci ne demeurerait que partiellement établie.

La législation du Code civil ne peut s'expliquer que par une sorte de fascination à l'égard de la preuve écrite : toutes les fois qu'on voyait la possibilité de l'exiger, on ne voyait qu'elle : les autres modes s'effaçaient pour disparaître complètement : on n'en tenait aucun compte même comme de simples adjuvants.

De même lorsque la loi n'a pas prescrit la rédaction d'un écrit parce que le litige est de chiffre trop bas, si malgré cela les parties ont pris cette précaution, elles

ont à la fois limité leur liberté de preuves : au-dessous de 150 francs, elles peuvent faire entendre des témoins à défaut d'un acte rédigé, mais elles perdent ce droit du moment qu'elles se sont ménagé une preuve écrite : celle-ci aura la priorité, et ni contre ni outre son contenu on ne pourra écouter les témoignages.

En définitive, les législateurs de 1804 ont voulu faire de l'acte écrit un mode universel de preuve : ils en ont envisagé le rôle avec un soin particulier dans la preuve préconstituée. Ils se sont probablement occupés surtout de cette pensée que leur devoir était d'éviter les contestations, d'étouffer les germes de procès pour les empêcher d'éclore. La preuve écrite dans la conception qu'ils s'en sont faite et que nous venons de décrire, leur apparaissait alors avec une mission sociale élevée, consistant à faire régner le bon ordre et l'autorité. Evitant les contestations et empêchant toute discussion, elle est une raison de discipline. C'est peut-être, non tout à fait, mais un peu pourquoi elle a été préférée et si bien vue.

Cependant la preuve écrite et préconstituée est entachée d'un vice qui l'empêche d'être un moyen toujours applicable. Ce vice provient d'ailleurs de l'exagération de ses qualités. Organisée de toutes pièces par le législateur, elle a quelque chose de trop forcé et de trop rigide pour se prêter aux mille manifestations souvent imprévues de l'existence : il lui est impossible d'en saisir toutes les réalités. Elle est bonne quand on a le loisir de penser à elle et de la ménager soigneusement. Mais cela ne suffit pas, car il faut dans toute législation un mode de preuve qui soit constamment à la portée des besoins de la vie juridique, facilement accessible pour tous les cas où le moyen de la loi ne pourra s'appliquer : c'est un rôle de souplesse qu'il devra être à même de remplir : or, cette qualité est tout juste l'opposé de l'im-

muable fixité de l'écrit. Les actions humaines dans toutes leurs répercussions, juridiques ou autres, ne se laissent pas volontiers encadrer dans un moule commandé, ou du moins elles y perdent la délicatesse des contours, c'est-à-dire ce qui constitue souvent leur réelle physionomie et qui, par conséquent, révèle la vérité. De plus, il faut encore que le mode de preuve dont on disposera soit, pour la majorité des hypothèses, assez facile et commode à employer ; et ce n'est pas le cas de la preuve écrite : création évidemment arbitraire et variable avec les législations, elle ne va jamais qu'avec un nombreux cortège de conditions et de formalités : autant d'entraves pour une utilisation prompte qui demande plutôt des instruments simples. On risque toujours d'oublier une condition importante qui empêche l'effet recherché. Pour ces diverses raisons, qui percent même quand on veut les méconnaître, parce qu'elles ont la force de la nécessité, s'est introduite la preuve testimoniale avec un caractère exceptionnel. Elle est entrée dans la loi par une porte d'à côté ; elle a été reçue parce que, dans des cas que l'on croyait très rares, on a été obligé de recourir à elle. Nous verrons qu'il ne lui en a pas fallu davantage pour prendre, dans son application à la vie juridique, une importance considérable.

Pour le moment nous devons nous borner à relever sa place exacte dans la législation du Code civil ; disons d'abord, ce qui marque bien la tendance que nous avons indiquée, que la preuve par témoins ne figure dans le Code civil que comme une exception au principe de sa prohibition.

Elle est en premier lieu admise pour les affaires commerciales, par le dernier alinéa de l'article 1341 ; cette exception se trouvait déjà dans l'ordonnance de 1667 : de là, elle est passée dans le Code civil, mais notre légis-

lateur ne semble pas l'avoir admise sans quelque difficulté. Les rédacteurs du Code de commerce voulaient en effet y introduire la prohibition de l'article 1341. Le projet portait un article 69 ainsi conçu : « Les achats et les ventes s'opèrent verbalement ou par écrit. Ils se constatent par des actes publics... et par la preuve testimoniale s'il y a un commencement de preuve par écrit ». C'était tout simplement soumettre le droit commercial au droit commun de la preuve. Aussi de tous les côtés s'élevèrent de sérieuses protestations : la pratique, menacée d'une trop forte entrave, invoqua les besoins impérieux de célérité qu la faisaient vivre. Devant ces réclamations, la disposition incriminée fut laissée de côté. Le droit commercial bénéficia d'une entière liberté de preuves, sans qu'elle fût toutefois reconnue par un texte formel. L'article 109 consacre l'admission illimitée de la preuve testimoniale pour les achats et les ventes ; et l'article 49 ne concerne que les associations en participation. Mais on s'accorde à voir dans ces deux articles une disposition qui doit être généralisée. En tous cas leur histoire est bien dans le sens de notre thèse ; elle montre que les législateurs du début du XIX[e] siècle, hostiles à la preuve par témoins, croyaient que l'évolution du droit les conduisait à la restreindre de plus en plus.

Quant à savoir maintenant ce qu'on entend exactement par affaires commerciales, sans entrer dans trop de développements, disons qu'on s'en tient au caractère du fait considéré : il suffit qu'il soit commercial pour que la preuve par témoins soit reçue ; peu importe la juridiction qui aura à s'en occuper. Il y aura des cas douteux où la commercialité de l'acte n'apparaîtra pas nettement à l'égard des deux parties ; les opinions sont divisées sur la façon de leur appliquer la loi. Les uns

veulent admettre la preuve testimoniale du moment que le fait sera commercial à l'égard de celui qui offre la preuve. D'autres, et la jurisprudence est avec eux, veulent des modes de preuve différents pour chaque partie, selon le caractère de l'acte par rapport à elle.

Une seconde exception à la prohibition de l'article 1341 est inscrite dans l'article 1347 : la preuve testimoniale est admissible lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit : « On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué » (art. 1347, al. 2). Le commencement de preuve par écrit ne forme pas une preuve complète, parce qu'il lui manque un élément de perfection ; il ne donne pas au juge la certitude relative dont il a besoin, mais il commence à faire naître la conviction dans son esprit. Il était donc juste d'en tenir compte, d'autant plus que la loi trouve en lui une base solide qui écarte le danger de la subornation des témoins : son caractère littéral devait spécialement éveiller l'attention du législateur, qui accordait toutes ses faveurs a la preuve écrite. Mais il était imparfait et loin de présenter toutes les garanties d'un acte régulier. Le législateur a voulu qu'il remplît certaines conditions : il faut d'abord que ce commencement de preuve ait la forme d'un écrit, ensuite qu'il émane de celui contre lequel la demande est formée, enfin qu'il rende vraisemblable le fait allégué. Nous n'avons pas ici à développer la portée de chacune de ces conditions. Il nous suffit d'observer qu'elles manifestent la tendance réglementaire dont s'inspirait le Code civil. Lorsque ces conditions se trouvent pleinement réunies elles apportent au juge un commencement de preuve qui vaut presque une preuve complète. Là, était le but de la loi, et c'est pourquoi elle a permis, sur

une base aussi solide, l'audition de témoins. Nous verrons plus loin, en étudiant comment la jurisprudence a compris l'exception de l'art. 1347, et comment elle a su élargir la volonté du législateur, que les conditions du commencement de preuve par écrit peuvent être entendues avec moins de rigueur que dans leur rédaction textuelle.

La troisième exception à la prohibition de la preuve testimoniale comprend deux chefs qui sont assez voisins l'un de l'autre : l'impossibilité de se procurer un écrit et la perte de cet écrit. Elle se justifie par cette idée qu'on ne peut reprocher à personne de s'être trouvé dans une situation où, malgré toute sa volonté, il n'a pas pu se conformer à la loi. — Déjà, l'ordonnance de 1667 avait senti la nécessité de cette exception, et si elle n'en avait pas formulé la théorie générale, du moins elle en avait fait l'application à quelques cas spéciaux «pour dépôt volontaire, tumulte ou naufrage, ni en cas d'accidents imprévus»; elle y ajouta les dépôts faits par les voyageurs, et semble avoir dit que la preuve par témoins pouvait encore être reçue pour les délits et quasi-délits (art. 3 au tit. 20). La jurisprudence postérieure compléta l'œuvre commencée par l'ordonnance, en étendant, en fait, l'exception que la loi avait restreinte à ces cas particuliers (1). — Pothier formula la règle générale. « Toutes les fois qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve écrite, la preuve testimoniale est admise » (2). Le Code civil a repris la même disposition. — Il a indiqué lui-même quelques cas dans lesquels doit s'appliquer le principe contenu dans l'art. 1348, alinéa premier : les délits et quasi-délits; mais lorsque ce délit trouve sa

(1) Voir répertoire de Guyot. V° preuve, quelques arrêts cités.
(2) Pothier. Traité des obligations, n°s 751 et 775.

base dans un contrat préexistant, on exige alors la rédaction d'un écrit : ainsi, pour démontrer un abus de confiance, il faut établir, au préalable, l'existence du mandat ou du dépôt violé. — Les quasi-contrats, dans lesquels on a joué un rôle passif. — Certains contrats imprévus ou forcés comme les dépôts nécessaires et ceux faits dans une hôtellerie. — A cette énumération on peut ajouter d'autres cas qui procèdent de la même idée : l'erreur, le dol et la violence peuvent se prouver par témoins. — Signalons encore le cas de perte de l'écrit, cité dans l'art. 1348-4°, qui ne se rattache pas, malgré ce que paraît signifier sa place inexacte qui a l'air d'en faire une application du principe posé plus haut, à l'impossibilité d'avoir pu se procure un écrit, mais à l'idée de force majeure (1); or, c'est un principe général du droit, que la force majeure excuse tout.

On pourrait citer d'autres applications de l'art. 1348 al. 1 comme l'atteinte à la réserve, mais notre but n'est pas d'en donner une étude détaillée;nous avons seulement à signaler l'exception qu'il contient à la prohibition de la preuve par témoins : cette exception ne prouve pas grand chose, car le législateur ne pouvait pas se dispenser de la formuler. C'est un vieux dicton bien connu « qu'à l'impossible nul n'est tenu ».

Enfin, la prohibition de l'art. 1341 est limitée aux faits juridiques, c'est-à-dire à ceux qui se lient à un rapport de droit, qui produisent un effet juridique. Elle ne s'applique pas aux faits matériels ou, autrement dit, aux faits purs et simples. Nous aurons, plus loin, l'occasion de revenir là-dessus.

(1) Il faudra donc établir d'abord le cas fortuit qui a causé la perte de l'écrit. Toulouse. 18 janvier 1897. D. 97.2.247 : puis on démontrera « l'existence antérieure du titre ».

Tel est l'ensemble de notre législation sur les preuves littérale et testimoniale, esquissée dans ses grandes lignes seulement; il en ressort bien l'hostilité manifeste à l'égard des témoins que nous nous sommes efforcés de faire ressortir. On voit que l'on pourrait, avec exactitude, la résumer en deux mots de la façon suivante : la preuve par écrit est la règle, la preuve testimoniale est l'exception : encore faudrait-il ajouter que cette exception est entendue dans le sens le plus restrictif, puisque la loi ne l'a admise que dans les cas où une impérieuse nécessité l'obligeait à la recevoir.

Pour ceux qui prétendent qu'on doit toujours préférer la preuve littérale parce qu'ils voient en elle le dernier terme de l'évolution des preuves, ils ne peuvent, nulle autre part que dans le Code civil, trouver une meilleure et plus minutieuse application de leur théorie.

Reste à savoir comment la pratique a su s'en accommoder, et si l'expérience leur a donné raison. C'est ce que nous allons examiner en étudiant l'œuvre de la jurisprudence.

CHAPITRE II

MOBILES QUI ONT POUSSÉ LA JURISPRUDENCE A ÉLARGIR NOTRE SYSTÈME DE PREUVES

1. La législation du Code civil sur la preuve devait être remaniée par la jurisprudence, sous l'action de plusieurs causes. — 2. D'abord les tribunaux opèrent constamment la refonte de la loi écrite : leur œuvre prétorienne. — 3. L'exemple de la loi commerciale qui admet la liberté de preuve encourageait cette jurisprudence ; d'autant plus que les différences qui séparaient le droit civil du droit commercial s'atténuent tous les jours : tendance à l'unité. Enfin le droit commercial a déjà fait l'expérience de la liberté des preuves. — 4. D'un autre côté les procès criminels, qui mettent en jeu la vie et l'honneur des personnes se résolvent uniquement, peut-on dire, par la preuve testimoniale. Les erreurs judiciaires dépendent moins de la construction légale des preuves que de l'intelligence des juges. — 5. La liberté des preuves serait d'ailleurs en harmonie avec toutes les théories nouvelles qui accordent au juge une large part d'arbitraire. — 6. Enfin l'appui de la doctrine, qui accorde plus d'attention aux décisions de justice et les approuve de plus en plus dans leur action innovatrice, devait encore encourager les tribunaux à réformer notre système de preuves.

La législation du Code civil, reflet de l'ancien droit, devait, peu à peu, se déformer sous l'action de nombreuses influences. C'est un fait connu, que le droit ne reste pas stationnaire, et quand les textes ne peuvent être constamment remaniés par une incessante action législative, la jurisprudence se charge d'en opérer la transformation lente qui est nécessaire dans le cours de l'existence nationale.

Les règles établies par le Code civil, sur la preuve,

parurent les meilleures que l'on pût formuler; n'étaient-elles pas, en effet, le résultat de longues expériences antérieures, la consécration définitive de ce qui apparaissait, désormais, comme la meilleure loi sur la matière ? Ainsi, les rédacteurs du Code pouvaient croire qu'ils tiraient le plus juste et le plus solide enseignement des leçons de l'histoire, et, par suite, donner à la législation future une base sage et durable.

Un tel raisonnement ne manquait pas de correction, parce qu'il appréciait sainement tous les éléments de la discussion. Mais il était insuffisant, parce qu'il oubliait l'incessante transformation du droit : ce qui est vrai ou bon pour une époque, devient, pour une autre, faux ou mauvais : ce n'est pas que la justice soit amenée à condamner, comme souverainement erronée, son inspiration de la veille, mais elle doit, au fur et à mesure, faire leur part à des besoins nouveaux qui changent son point de vue; les règles du passé demeurent bonnes pour ces époques disparues qui connaissaient des manifestations plus simples de la vie, tandis qu'elles ont cessé de l'être pour des temps nouveaux et plus complexes, où l'équité demande à tenir compte de toutes les exigences qui se sont fait jour.

C'est pourquoi le Code Napoléon ne pouvait avoir la prétention de légiférer pour toujours. Nous savons qu'une loi sur la preuve subit les mêmes fluctuations que les autres parties du droit : elle est liée, non seulement à la forme légale que doivent revêtir les contrats, dont elle sert à démontrer l'existence, mais encore à la modification que la pratique lui impose, c'est-à-dire à la conception générale de la vie, au développement moral et intellectuel de l'homme, et à l'étendue de son champ d'action.

Or, les besoins de la nation, tels qu'ils étaient en 1804,

ne devaient pas tarder à changer complètement, et avec eux, la vie de la population, sous tous ses aspects. La loi aurait dû s'accommoder à ces variations; cependant elle demeurait figée dans le même texte. Mais la jurisprudence, son indispensable collaboratrice, se chargea, dans la mesure du possible, d'en corriger les imperfections.

Nous allons voir qu'elle y fut poussée par de nombreux et puissants mobiles.

Il convient, tout d'abord, de signaler la poussée générale, peut-être quelque peu inconsciente, mais toujours large et profonde, qui l'incite à opérer la réforme du droit écrit. Par là se manifeste sa tendance dominante qui consiste à substituer, à son rôle interprétatif, celui de constructeur de la loi nouvelle qui mérite bien la qualification, souvent employée, de prétorien, à l'analogue du magistrat romain.

Les retouches opérées par elle au texte sacré se comprennent, en effet, plus aisément lorsqu'on est bien pénétré de cette idée que la jurisprudence s'est affranchie de son rôle secondaire qui en faisait un accessoire de la loi, pour devenir, aux côtés mêmes de celle-ci, une seconde source du droit (1). Elle prend l'empire qu'exerçait autrefois la coutume, quand l'inculture des esprits ne permettait pas encore l'idée d'une codification. L'évolution a été la même qu'en droit romain : après avoir expliqué la loi, et au besoin suppléé à ses lacunes inévitables,

(1) Il ne peut guère en être autrement : la loi ne peut pas prévoir tous les cas; il faut donc que les tribunaux la remplacent : « comme l'organe législatif ne remplit jamais, et ne peut pas remplir dans l'intégrité parfaite de sa définition théorique, de sa conception rationnelle, la fonction de créer les règles du droit, et que cette fonction doit être cependant remplie, le juge intervient comme une sorte de *législateur-suppléant*, et il intervient pour ainsi dire malgré lui, parce qu'il ne peut pas ne pas intervenir! » J. Cruet. La Vie du Droit et l'impuissance des lois, p. 61 et 62.

lorsque la nécessité s'en faisait impérieusement sentir, les tribunaux en sont arrivés à la corriger, lorsqu'il la jugaient contraire aux besoin.— Leur œuvre était de préciser la pensée du législateur contenue dans des phases forcément courtes et qui, par suite, demandaient à être éclaircies. Mais il fallait bien décider pour les cas où la loi était restée muette. Là, ils auraient dû compléter le texte en se conformant à son inspiration générale, chercher, dans les raisons d'analogie et l'examen approfondi des autres textes, quelle était l'intention réelle du législateur. Et ils ont forcément commencé par là, car on n'innove pas brusquement, du jour au lendemain. Leur création, dans le silence de la loi, s'est donc d'abord trouvée en harmonie avec celle-ci, liée à elle par une sorte de solidarité d'interprétation. — Mais cette manière leur a bientôt paru trop restreinte, et la jurisprudence est allée plus loin : il lui a suffi que la loi ne se fût pas prononcée pour qu'elle le fasse elle-même à sa place, non plus en s'inspirant uniquement de ses autres décisions, mais en déterminant, en dehors de toute contrainte, la solution à appliquer : elle cherche directement ce qui est juste et équitable sans se préoccuper davantage d'autres prescriptions voisines dont il s'agira précisément parfois d'atténuer l'effet. — Enfin, elle a fait un pas encore, le plus important de tous : elle a corrigé la loi : lorsque celle-ci conduit à des conséquences injustes, contraires à l'équité, elle s'efforce de trouver dans une habile interprétation des textes le moyen de les tourner. C'est le dernier échelon de l'ascension : les tribunaux en arrivent ainsi, dans leur œuvre rénovatrice, à se montrer supérieurs à la loi. — A cela rien d'étonnant : c'est la conséquence forcée d'une plus grande civilisation. Chez un peuple encore jeune et fruste, la loi écrite s'impose avec une très grande force : elle est le texte sacré qui com-

mande l'obéissance, et nul ne se risquerait à l'enfreindre : elle est un élément de discipline ; elle doit contribuer par sa rigidité à former la volonté d'un caractère qui a besoin de se fortifier pour la victoire ; le juge l'applique rigoureusement, et considérerait comme une sacrilège de ne pas en faire une règle inflexible, de s'aventurer, si près soit-il, hors de ses limites. Mais il ne saurait en être de même dans une nation policée et raffinée qui a derrière elle un long passé : son sentiment juridique est devenu plus délicat : la rigueur d'autrefois lui paraissant trop brutale, elle est accessible à la pitié. Pour elle, ce qui est juste, ce n'est pas seulement ce qui est conforme au texte, mais aussi ce qui est équitable. Le rôle du juge n'est plus le même ; il n'est plus exclusivement le gardien d'une loi inviolable, la sentinelle du texte. Il s'est émancipé. Lui-même, il porte des atteintes à cette loi écrite qu'il devait jadis conserver jalousement ; il trouve la place à des théories juridiques qui auraient semblé autrefois trop hardies; il fait pénétrer l'équité dans le droit. Son esprit est devenu plus large ; il comprend que la loi ne contient pas et ne peut pas contenir toute la justice. Celle-ci réside plutôt en une entité supérieure qui est trop imprécise pour être toujours contenue dans une règle écrite; en elle-même, elle est parfaite, et l'écrit ne peut en contenir qu'une ébauche grossière. Elle est comme la voix de la conscience qu'il appartient plutôt aux tribunaux de faire glisser doucement entre les lois pour réaliser tout à fait leur mission souveraine. — De plus, le droit est destiné à régir les rapports entre individus : il faut qu'il pénètre dans le détail des relations. Cette possibilité échappe forcément à la loi, qui manque de souplesse. C'est la jurisprudence, qui, en liaison permanente avec les mœurs, sera chargée de l'effectuer. Par son contrat direct et constant avec le fait,

elle est merveilleusement placée pour comprendre et suivre les exigences de la pratique (1).

Et, ici comme ailleurs, c'est par la sollicitation de l'équité, que la jurisprudence a pu intervenir.

Il suffit d'un exemple pour montrer comment le sentiment du juste, que le juge possède au fond de lui, se trouverait violé par l'observance exacte de la lettre du texte : voici une personne qui a prêté à une autre une somme assez ronde, mais verbalement, sans se ménager une preuve écrite. Le débiteur lui a payé régulièrement les intérêts, mais lorsque lui est réclamé le capital, il refuse de le rendre en niant purement et simplement l'obligation qu'il a contractée. D'autre part, le créancier est une personne très honnête ; on le sait incapable de réclamer autre chose que son dû, et d'ailleurs, il produit à l'appui de ses allégations de nombreux et sincères témoins, sur la moralité desquels ne peut s'élever aucun soupçon injurieux, et qui tous déclarent avoir assisté au contrat. En équité, la solution n'est pas douteuse ; il faudrait condamner le débiteur convaincu de mensonge. C'est ce dont le juge est intimément persuadé. Mais pourra-t-il le faire ? Non s'il s'en tient à la loi telle qu'elle est formulée, car celle-ci exige une preuve écrite pour une valeur supérieure à 150 francs, à défaut de laquelle les témoins ne seront pas entendus. Ainsi le juge pense une chose, et il devra dire le contraire. Il a la conviction d'avoir devant lui un débiteur récalcitrant, et il devra néanmoins débouter le créancier de sa demande, au mé-

(1) «... Le pouvoir de création ou de rénovation juridique qui appartient au juge vient de ce double fait : 1° Que le législateur n'a pas réglementé toutes les relations sociales pouvant donner lieu à débat judiciaire ; 2° Que la loi doit être interprétée en fonction de la société, et que toute transformation dans le milieu social réagit nécessairement sur le sens et la portée des règles du droit consacré. La loi en un mot est faite pour la société et non la société pour la loi.» Jean Cruet, *loc. cit.*

pris de la plus élémentaire justice. C'est la conséquence des traces du régime de la preuve légale que l'on trouve encore dans le Code civil. — Aussi les tribunaux ont-ils dû s'ingénier pour biaiser avec la loi afin d'en éviter les conséquences brutales et iniques.

Ces résultats injustes étaient d'autant plus regrettables, et on désirait davantage les changer, qu'ils étaient particuliers au droit civil : que le prêt, par exemple, au lieu d'être civil, ait eu le caractère commercial, et la situation était changée du tout au tout : la preuve testimoniale était recevable, et le créancier malheureux pouvait voir reconnaître son droit d'une façon légitime et naturelle, par le libre fonctionnement de la loi commerciale. Cependant, pourquoi établir une sembable différence ? Dans les deux cas, la situation est la même ; en sorte que la diversité de traitement fait paraître plus grande encore l'injustice.

Jusqu'à présent, la dualité de notre législation, qui distingue les commerçants et les non-commerçants pour appliquer à chacune de ces deux catégories un droit spécial, s'expliquait assez bien. Cette variété dans la loi provenait d'une vie non pareille : le droit civil était fait pour la société, pour faire d'un ensemble d'hommes une nation homogène, forte, et pliée par conséquent dans ce but sous une règle disciplinaire inéluctable. Il repose tout entier sur des bases fortement organisées, sur la famille qui en est le premier élément de cohésion, et sur la propriété foncière : ces bases sont établies pour le groupe, pour assurer la stabilité à la nation ; on ne les change que très difficilement, à la longue. Le droit civil est partant très conservateur, car les innovations sont souvent des menaces au groupe pour lequel il est fait ; il est aussi formaliste, car la forme est un élément de durée. — Au contraire, le droit commercial se souvient d'avoir pris

naissance dans l'affranchissement de l'individu. Les tentatives d'émancipation de celui-ci s'opposent à la règle nationale du droit civil. Le commerçant agit seul : il court de gros risques balancés par la chance de gagner beaucoup. Pour cela, il lui faut une entière liberté ; il ne subit pas les entraves de règles autoritaires qui gêneraient son action. Le droit qui le concerne procède de cette idée de liberté ; il laisse aux énergies et aux initiatives individuelles la faculté de se manifester sans contrainte, de se régler elle-même. Il est favorable aux nouveautés, car il constitue lui-même dans son origine et dans sa permanence une réaction contre la tradition. Il « n'a pas pu chercher à s'adapter à la coutume, car il s'est constitué contre elle, nonobstant un état naturel de séparation des tribus ou des Etats. C'est l'effort individuel qui, violentant les instincts généraux, a mis en contact les gens de milieux opposés ; le droit qui est sorti de cet effort ne pouvait puiser sa source que dans l'individu lui-même, et n'avoir d'autre but que de consacrer sa liberté » (1).

A l'origine, cette séparation complète entre les deux branches du droit que nous venons de signaler n'existait pas ; c'est par la suite que l'on assiste à la germination dans l'élément civil de lois spéciales au commerce et à une différenciation de plus en plus caractéristique. Mais ce qu'il y a de plus curieux à relever, et qui nous intéresse directement, c'est que cette opposition tend aujourd'hui à s'atténuer ; c'est, par certains côtés, la manifestation d'un retour à la primitive unité.

La société actuelle mue son caractère ; les différences qui séparaient le commerçant du non-commerçant

(1) Thaller. De la place du commerce dans l'histoire générale. Annales de Droit commercial, 1892, p. 149.

s'affaiblissent tous les jours : cela tient au changement des conditions économiques. La société de l'avenir semble devoir être tout entière basée sur le crédit, et l'on sait que celui-ci est un des premiers et des plus importants facteurs du commerce (1). Le calme tranquille du passé disparaît tous les jours ; les progrès réalisés, les découvertes multiples, la facilité des communications, etc..., engendrent une course, où c'est le premier arrivé qui l'emporte, et cela pas seulement dans le commerce, mais dans toutes les phases de la vie : tout individu est aujourd'hui ou sera bientôt obligé de devenir plus actif ; la concurrence et la rivalité l'obligent à se tenir toujours en haleine, à profiter des moindres occasions. Dans un siècle de machinisme, d'industries puissantes, d'entreprises colossales, où le crédit est l'élément dominant, l'impression qui se dégage, c'est la rapidité de la vie. Partout, et pas seulement dans le commerce, il est besoin de célérité. — D'une part, la richesse circulante et ses agents de circulation ont pénétré dans la vie ordinaire. D'autre

(1) Cette transformation du droit civil et de la vie civile est clairement résumée dans les quelques lignes suivantes : « Au début du XIX^e^ siècle le droit civil pouvait sans inconvénient entourer de formalités plus ou moins compliquées les opérations réglées par lui, soumettre à des conditions rigoureuses la preuve des contrats, se préoccupper peu des questions de crédit, rendre difficile pour les étrangers l'accès des tribunaux français, ne pas placer sur un pied d'égalité complète les nationaux et les étrangers, admettre des sociétés dont l'organisation et le fonctionnement ne convenaient pas aux grandes entreprises. — Les choses ont profondément changé depuis 1804. Beaucoup de non-commerçants font aujourd'hui des opérations répétées; comme les commerçants, ils ont de fréquents appels à faire au crédit; comme eux, ils ont parfois de nombreux créanciers, ils contractent avec des étrangers; enfin des sociétés se fondent pour des opérations civiles de la plus grande importance. Les habitudes du commerce tendent à devenir des habitudes générales; ses besoins deviennent ceux de tout le monde». Lyon-Caen. Influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804. Livre du centenaire du Code civil, t. I., p. 208.

part, la richesse immobilière fait l'objet de spéculations commerciales. L'énorme accroissement des capitaux mobiliers a eu pour corrélation la mobilisation des valeurs qui jusque-là ne circulaient pas du tout : car la richesse mobilière étant devenue de beaucoup la plus importante, et celle qui rapporte le plus en exigeant parfois moins de peine, on a tout naturellement songé à convertir les immeubles en meubles. Pour des raisons de commodité et de concurrence, la propriété foncière se dépouille de sa fixité. « L'empreinte mercantile du droit civil devient assez profonde pour qu'on puisse prévoir qu'un temps approche sans doute où il n'y aura plus de ligne de démarcation tranchée entre la richesse immobile et la richesse circulante, et où toutes les richesses seront également aptes à circuler » (1).

Ainsi, « si la marche de la civilisation a amené la séparation des deux lois, il semble qu'un nouveau progrès soit en voie de les ramener à l'unité » (2). Ce rapprochement se manifeste par de nombreuses tentatives dont nous devons constater celle qui se manifeste particulièrement en matière de preuves. « Le principe de la liberté des preuves dans les procès commerciaux s'explique par les nécessités des transactions du négoce... la preuve littérale organisée par la loi civile serait incompatible avec les habitudes du commerce, la rapidité de ses mouvements et la multiplicité de ses opérations » (3). De là l'admissibilité illimitée en matière commerciale de la preuve par témoins et par pré-

(1) Huvelin. L'Histoire du droit commercial, 1904, page 21.

(2) Gauffre, p. 15 Thèse. Essai sur la tendance actuelle à l'unification du droit civil et du droit commercial.

(3) Gauffre. eodem.

somptions (1). Dans le droit civil, au contraire, les raisons primordiales d'ordre et de sécurité ont commandé des principes opposés : la preuve légale y trouve en partie son application. A la liberté de l'individu, on a opposé son devoir d'obéissance ; à son individualisme, la raison sociale : à ses tentatives d'émancipation, le bien collectif. La preuve ressent ces influences. Elle n'est pas libre mais commandée, ordonnée à l'avance, préconstituée, et elle tend à donner au juge une solution très nette et facile à obtenir. De plus, l'individu n'a pas à se presser : les parties ont largement le temps de réfléchir avant de contracter, et de se ménager un écrit dans les formes imposées par la loi.

Cette opposition première du système des preuves en matière civile et commerciale semble impossible à conserver maintenant que se manifeste le rapprochement que nous avons signalé : la législation des preuves du Code civil apparaît comme inférieure : l'exigence d'une preuve écrite au-dessus d'une somme aussi minime que celle de 150 francs, la nécessité, pour admettre la preuve par témoins, de la baser sur un commencement de preuve par écrit, sont autant de prescriptions arbitraires et peu rationnelles. Les variations subies par l'acte authentique au cours du XIX[e] siècle montrent bien ce qu'il y a de peu logique dans cette conception : la facilité à l'aide de laquelle la pratique tournait l'ordre de la loi, faisant ainsi passer pour authentiques des actes qui n'auraient pas dû l'être, les réglementations successives auxquelles il a fallu procéder pour solu-

(1) Il n'est pas à dire que la loi commerciale établisse en tout et pour tous la plus entière liberté de preuves : comme la loi civile, elle exige dans certains cas la rédaction d'un acte écrit : voir les art. 39, 195, 273, 332 du Code de commerce, et la loi du 24 juillet 1867, art. 1 et 21. Mais la rareté de ces cas justifiables en tant qu'exceptions, ne porte aucune atteinte à la portée générale du principe directeur.

tionner des positions ambiguës, tout cela fait voir ce qu'il y a de relatif et d'artificiel dans la constructoin de la preuve écrite. D'autre part, la nécessité du commencement de preuve par écrit n'est rien moins que trop subtile, et la marque d'un vieux temps cependant condamné. « C'est un vestige de l'ancien système des preuves légales, qui paraît destiné à disparaître complètement. On s'étonne aujourd'hui des règles de ce système, qui sont maintenant abolies : la règle d'après laquelle un témoignage était nécessairement sans valeur, tandis que deux témoignages étaient toujours probants, nous semble avec raison ridicule et inique. Mais ne pourrait-on pas lui comparer la règle encore en vigueur, suivant laquelle deux modes de preuve, dont chacun isolément serait inadmissible, peuvent être administrés s'ils se trouvent réunis » (1). Il est vrai, toutefois, que la règle qui résulte du cumul de ces deux éléments ne s'impose pas à la conscience du juge : celui-ci reste toujours libre de n'en pas tenir compte, lorsqu'il ne se trouve pas convaincu. Mais il n'en est pas moins mauvais et faux d'admettre deux éléments lorsqu'ils sont réunis ensemble, alors qu'on les repousse isolément.

Ces choses-là nous choquent : en définitive, la valeur d'une preuve dépend beaucoup moins de sa forme que des circonstances ; les témoins peuvent être d'aussi sûrs instruments pour le juge que les écrits : ce qui peut en effet nous donner la certitude sur l'existence d'un fait, c'est la connaissance que nous pouvons en avoir par tous les moyens, et non celle qui nous parviendrait au milieu d'un certain cadre fabriqué d'avance. En matière de preuves, les formes doivent être

(1) Laurent. Fusion du droit civil et du droit commercial.

secondaires. Ne sont-elles pas d'ailleurs un legs encombrant du passé dont nous cherchons toujours à nous débarrasser ? « Le progrès se manifeste surtout par la multiplicité et l'équivalence des diverses formes, dès qu'elles indiquent la réalité des intentions. Là est l'unité simple et vraie que doit rechercher le juge » (1).

L'introduction du principe de la liberté des preuves dans le droit civil supprimerait bien des difficultés : ainsi, il est très délicat dans beaucoup d'espèces d'arriver à une exacte appréciation de la valeur du litige, — de même la question de savoir quand est-ce qu'un écrit répond aux conditions d'un commencement de preuve donne lieu à de nombreuses controverses, et nous verrons que la jurisprudence en a profité pour élargir le système de la loi.

Le droit commercial, avec son système de liberté des preuves, plus simple, plus équitable, et point formaliste, constitue donc un exemple à suivre pour le droit civil, surtout alors que, comme nous l'avons indiqué, celui-ci se commercialise de plus en plus. La distinction entre certaines opérations commerciales et non-commerciales devient parfois si ténue qu'il paraît excessif d'exiger dans certains cas la rédaction d'un écrit dont on se passe par ailleurs. — De plus, lorsqu'on se trouve en présence d'actes mixtes, il faut appliquer les preuves du droit commun contre le contractant pour lequel l'opération reste civile, tandis que tous les modes seront recevables contre son co-contractant : les parties, à un même contrat, se trouvent ainsi placées dans une inégalité de situation que rien ne justifie : la preuve par témoins et par présomption sera recevable contre

(1) Thézard. Revue critique, 1873-1874, t. III.

l'un au-dessus de 150 francs, et ne le sera pas contre l'autre.

Toutes ces différences entre la législation civile et la législation commerciale font encore mieux ressortir la nécessité d'une simplification pour la première, car elles ne sont pas soutenables (1). On ne peut pas objecter, en dernier lieu, que l'importance particulière des opérations civiles oblige à plus de prudence et de précaution, car les énormes fortunes gagnées rapidement dans le commerce prouvent que celui-ci porte souvent sur des sommes très considérables sans que la rapidité des transactions en soit pour cela retardée.

Enfin, le droit commercial présente l'avantage d'apporter avec son système de preuves le résultat d'une expérience déjà longue et favorable. La liberté n'a nui en rien sur ce point devant les tribunaux de commerce : c'est donc que les prétendus abus qu'il y aurait à redouter, tout en restant possibles, en fait ne sont pas à craindre. — Il n'est d'ailleurs pas question, dans le droit commercial ni dans le droit civil, d'accorder au juge une liberté tout à fait illimitée qui ne le laisserait compter qu'avec sa seule volonté ; il y a toujours des cas où, en raison de la gravité des circonstances, s'impose la rédaction d'un écrit, même d'un acte authentique.

En résumé, le droit commercial, avec sa législation essentiellement libertaire et l'influence qu'il tend à exercer sur le droit civil, devait contribuer, bien qu'inconsciemment en partie, à pousser et maintenir la jurispru-

(1) « Les différences qui subsistent entre le droit civil et le droit commercial n'ont rien d'essentiel. Elles ne s'imposent pas, et on peut concevoir assurément qu'elles disparaissent. La preuve en est que dans beaucoup de pays étrangers, elles ne sont pas connues ou ne l'ont jamais été. Il en est notamment ainsi du principe de la liberté des preuves qu'il pourrait y avoir intérêt à étendre aux matières civiles ». Lyon-Caen, *loc. cit.*, dans Livre de Centenaire, p. 218.

dence dans la voie réformatrice qu'elle avait entreprise.

D'un autre côté, le droit criminel devait venir l'aider à accomplir la même tâche de rénovation. Pareillement, dans cette branche du droit, la loi laisse le juge entièrement libre d'établir sa conviction sur les bases qu'il choisit lui-même, sans lui demander par quels moyens il est arrivé à la former. Cependant ici la chose est également grave ; nous avons vu qu'en matière commerciale les contrats peuvent porter sur de très grosses sommes et que l'importance des transactions n'empêche pas d'arriver, par la liberté des preuves, à d'heureux résultats. Dans les procès criminels, l'importance des faits litigieux ne s'évalue pas toujours ni exclusivement en argent, mais ces faits n'en demeurent pas moins aussi graves, tant en eux-mêmes que dans leurs conséquences, parce que, au lieu de s'attaquer au patrimoine, ils touchent à la personne humaine : c'est la vie et la liberté, les biens les plus précieux de l'homme, qui sont en jeu. Les conséquences d'erreurs judiciaires sont dangereuses et redoutables. L'intérêt qui s'attache aux moyens de preuve et à leur production est donc de tout premier ordre. Si on avait à redouter quelque part l'arbitraire du juge, ce serait ici plutôt qu'ailleurs. Et cependant, dans des situations aussi délicates, la loi s'en remet purement et simplement à la conscience du juge. « Les cas les plus graves, ceux qui entraînent une condamnation à mort ou aux travaux forcés à perpétuité ne sont résolus que par la preuve testimoniale ; les crimes et les délits ne peuvent se prouver autrement ; la subornation des témoins peut y causer les erreurs judiciaires les plus déplorables, et cependant on admet le témoignage sans restriction » (1).

(1) Raoul de la Grasserie. La preuve testimoniale en droit comparé, R. C. 1905, p. 552.

Sans doute on peut objecter que si le droit criminel laisse au juge le soin de se décider lui-même, cela tient uniquement à ce que les procès criminels roulent sur de pures questions de fait, pour lesquelles on ne peut songer à recourir à un autre mode. Ce qui le prouve bien, c'est que dans les cas où il est possible d'exiger un écrit, la loi ne veut pas s'en passer ; il en est ainsi quand la poursuite est dirigée à l'occasion d'un abus de confiance, pour lequel il faut établir, selon les règles du droit commun, la preuve du contrat.

Ces observations sont exactes, mais elles n'enlèvent rien à la portée de la leçon que donne sur le système des preuves le droit criminel au droit civil : en fait, les questions les plus graves s'y décident sur la foi de simples témoignages, et les affaires ne sont ni plus mal ni moins bien justement traitées.

D'ailleurs, les avantages du système de l'intime conviction peuvent se mesurer mieux encore dans le droit criminel lui-même. On peut craindre qu'il favorise trop les erreurs judiciaires. Or celles-ci deviennent de plus en plus rares par suite du soin que mettent les hommes conscients de leur responsabilité à examiner les affaires qui leur sont soumises avec l'impartialité la plus scrupuleuse. C'est là que réside le progrès. L'histoire prouve qu'il faut moins compter sur la structure légale des modes de preuve que sur la manière plus intelligente et plus honnête dont les juges sauront en faire l'application. Le système de l'intime conviction est supérieur à la preuve légale, et il donne en fait de bien meilleurs résultats (1). On connaît la manière dont les

(1) Cependant, le droit criminel lui-même n'est pas complètement exempt de la preuve légale; il est des témoins qui ont plus de force que les autres; et les procès-verbaux dressés par eux font foi jusqu'à inscription de faux, tandis que les procès-verbaux dressés par des agents non assermentés n'ont de

jurés rendent leurs verdicts, obéissant minutieusement aux recommandations que leur donne l'article 342 du C. I. cr. Cette façon de procéder est souvent critiquée, mais ces critiques ne sont souvent faites que pour la forme. En réalité, et d'une façon générale, on trouve bonne l'institution du jury, bien qu'elle ne produise souvent que des verdicts de sentiment, basés plutôt sur une forte intuition de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé que sur une détermination logique (1).

Cela étant, on ne pourrait donc qu'attendre encore de meilleurs résultats, si l'on confiait à des juges civils le maniement de cette large preuve, parce qu'à leurs impressions d'hommes ils pourraient ajouter l'expérience juridique des affaires, et trouver ainsi dans l'emploi de leur intuition raisonnée le meilleur moyen de découvrir la vérité.

Ainsi, entre le droit commercial et le droit criminel, qui tous les deux admettent un très large système probatoire, la rigueur du droit civil apparaît comme une véritable anomalie. Cependant elle ne doit pas persister aussi accentuée : une théorie générale comme celle de la preuve, qui touche à tout, ne doit pas, dans la conception qui en est la meilleure, se cantonner dans une ou deux branches spéciales du droit. C'est pourquoi le droit civil, malgré ses textes retardataires, ne pouvait rester en arrière : la jurisprudence, accomplissant son œuvre féconde de réformatrice du droit, a su le mettre, dans la mesure toutefois où le lui permettait le respect

force que jusqu'à preuve contraire. Cette différence est due à une raison de bon ordre et de discipline sociale. Mais cela ne va pas plus loin, et n'enlève rien à la liberté du juge, en sorte que l'entorse portée à la liberté des preuves est légère.

(1) Voir G. Le Bon. La psychologie des foules. Livre 3, chap. III. Les jurés de cour d'assises.

qu'elle doit à la loi, en harmonie avec les exigences modernes.

En cela d'ailleurs, son attitude est moins blâmable aujourd'hui que jamais : nous avons vu, au début de ce chapitre, que par une évolution naturelle elle avait changé son rôle d'interprète en celui de créateur du droit aux côtés mêmes de la loi ; que, par suite, elle se trouvait toute prête à favoriser la liberté de décision du juge en entendant largement les articles 1341 et suiv. du Code civil. Il nous reste maintenant à voir qu'en agissant ainsi elle se trouve dans le courant nouveau que suit le droit moderne dans l'interprétation et la création doctrinales, en dehors de toute décision de justice.

Nous voulons dire que cette attitude, qui consisterait à accorder aux juges les plus larges pouvoirs, est bien en harmonie avec les mœurs d'aujourd'hui : la liberté des preuves est en concordance avec toutes les théories modernes qui tendent à introduire et à favoriser l'arbitraire des tribunaux. De quelque côté que l'on regarde, en quelque partie du droit que l'on jette les yeux, on voit disparaître toujours davantage la méthode rigide et exégétique qui fleurissait auparavant. Dans chaque litige, il fallait autrefois que le juge cherchât les motifs de sa décision dans un texte net et précis. Aujourd'hui il n'en est plus de même ; sa mission est devenue plus délicate et plus difficile à remplir. Il se préoccupe davantage des nuances. Partant, il lui faut une plus grande aisance, la faculté d'apprécier lui-même et sans aucune contrainte légale. Sa sentence ne contiendra plus uniquement une condamnation pure et simple de l'une des parties : elle comportera une évaluation très variable, et finement appréciée. — Toutes les théories nouvelles qui ont trouvé bon accueil dans la loi, la

jurisprudence ou la doctrine, s'inspirent de ces idées : elles abandonnent à l'arbitraire du juge le soin de juger avec mesure, de peser le pour et le contre et de ne se prononcer que dans la mesure où il le peut : l'abus du droit, — la responsabilité civile des fous, — l'enrichissement sans cause, — les astreintes, — le dommage moral, — toutes ces notions forment un droit nouveau qui suppose l'arbitraire illimité du juge : et cet arbitraire a largement de quoi s'exercer : lorsqu'il s'agit d'un préjudice pécuniaire, il n'est pas toujours aisé de le relever si on veut le faire en équité, car il faut compter des éléments souvent imperceptibles. S'agit-il au contraire de scruter l'exactitude et l'étendue d'un préjudice purement moral, la liberté du juge doit être encore bien plus grande : ce caractère se trouve parfois fortement mêlé de pécuniarité, d'autres fois entièrement pur de tout alliage. Dans tous ces cas, il faut procéder à une estimation vague et imprécise que le juge devra canaliser dans ses justes limites : à côté du dommage direct et mesurable, il y a une série d'éléments intimes qu'on ne peut connaître aussi facilement : ce sont les questions d'intention, l'état d'âme des parties, un profond ressentiment à calmer, des lésions intellectuelles si l'on veut, à côté des lésions du corps. Pour apprécier tout cela, le juge est obligé de faire, et il fait de la psychologie (1). Il ne se contente plus comme autrefois d'examiner la grosse charpente du litige ; il veut connaître les personnes que le cas

(1) Brocher de la Fléchère. La réformation et la science juridique, p. 3. Cité dans Pierre de Tourtoulon : les principes philosophiques de l'histoire du droit. « Comme il s'agit de concilier les exigences des uns avec celles des autres la connaissance des besoins de l'homme est le point de départ de la science juridique. Il faut donc remonter jusqu'aux événements qui s'accomplissent dans le laboratoire intime de la conscience et de la subconscience, étudier en un mot la psychologie ».

intéresse, et pas seulement dans la relation qu'elles peuvent avoir au procès, mais dans leur intimité morale et psychique. Il approfondit l'individualité des plaideurs : ce n'est pas le cas juridique qui seul l'intéresse en tant que difficulté à trancher, mais aussi tout l'invisible qu'il déguise sous ses faces multiples. Autrefois, il appliquait la loi, maintenant il pénètre dans les débats. C'est que le droit tend à devenir une science morale par beaucoup de ses tendances : alors, ce qui l'intéresse par-dessus tout, c'est la conscience : la souffrance et la jouissance de l'individu ne s'analysent pas toujours en un arrêt de l'activité pécuniaire qui puisse se traduire facilement dans un *damnum emergens* et un *lucrum cessans* matériellement visibles; elles s'estompent dans un effacement dont le juge recherche les causes et les conditions. En un mot, tous les facteurs internes de l'homme tiennent désormais leur place devant les tribunaux : l'intelligence, la volonté, les qualités du cœur et de l'esprit, etc...

Dès lors, et c'est là que nous voulions en venir, dans l'appréciation de caractères si ténus dont la subtilité comporte une gamme de nuances à saisir, il faut forcément s'en remettre à l'arbitraire du juge : les vieux procédés formalistes ne peuvent s'adapter à des nécessités pour lesquelles ils ne sont pas faits ; on ne peut pas les utiliser pour cette appréciation nouvelle dont on comprend maintenant toute la délicatesse. Force est donc de s'en remettre au juge de toutes choses.

Et celui-ci comment pourrait-il apercevoir ces mille nuances qui font plus exacte la vérité s'il ne pouvait recevoir que des preuves fixes et rigides, précises sur les points qu'elles constatent, comme un acte écrit par exemple, mais sans vie et ne disant rien en dehors de ses termes trop secs ; car la preuve ne doit pas seule-

ment apporter au juge des constatations matérielles, de telle sorte que le jugement de celui-ci se trouve réduit à sa plus simple expression ; il faut qu'elle découvre les ressorts cachés de la convention ou des événements, car ils ont une très grande importance du moment qu'il ne suffit plus de répondre par un oui ou par un non, mais qu'il faut procéder à une fine analyse. Ce travail, la preuve ne peut l'accomplir sans une complète liberté. On voit que cette liberté se trouve dans les mœurs juridiques d'aujourd'hui, puisque la création de toutes les théories nouvelles dont nous avons dit un mot, concède aux tribunaux une énorme part d'arbitraire.

La doctrine soutient donc la jurisprudence ; par une similitude d'inspiration, elle lui offre un bel encouragement. Il n'en a pas toujours été ainsi : longtemps on a considéré la science juridique comme distincte du domaine des faits, comme plus relevée par son caractère purement spéculatif. L'application de ses principes aux réalités de la pratique ne participait pas de la même considération parce qu'elle était forcément contingente, obligée de se mêler aux réalités de la vie, semblant ainsi se dépouiller de son inspiration scientifique. — Le droit vivait alors de lui-même : dans son enseignement on cherchait plutôt à en saisir le mécanisme abstrait, plutôt que la vie réelle dans les arrêts et jugements des tribunaux. — Aujourd'hui les choses ont changé : non seulement on trouve dans tous les ouvrages théoriques une étude minutieuse et soignée de la jurisprudence, de la manière dont les tribunaux ont appliqué une disposition légale ; mais la doctrine va bien plus loin : les auteurs ne craignent pas d'approuver l'œuvre des tribunaux dans les cas où l'obéissance trop stricte à un texte de loi conduirait à une iniquité

manifeste, et même certains d'entre eux n'hésitent pas à la suivre et à la soutenir dans ses constructions les plus hardies, qui méconnaissent franchement certaines dispositions de la législation positive. Peut-être la généralité n'est-elle pas trop favorable à ces interprétations avancées ; mais si elle ne va pas aussi loin, cela tient uniquement à ce que la critique doctrinale est dégagée de la pression des faits, car souvent nous n'osons nous affranchir d'une règle gênante que dans la mesure où la nécessité pèse sur nous.

Ainsi, et pour la conclusion de ce chapitre, l'attitude de la jurisprudence, élargissant le système étroit des preuves du Code civil pour l'orienter vers une plus grande liberté, se comprend et se justifie par les considérations qui précèdent. Elle forme une des multiples manifestations du droit moderne à s'avancer vers un individualisme croissant. Le droit a en effet deux fondements possibles : la liberté et le principe de commandement. Ils correspondent à deux fins à poursuivre : l'individu, la société. La dernière de ces bases et le dernier de ces buts ont, jusqu'à présent, prédominé dans l'existence nationale et, par suite, dans la vie juridique qui en est la face spéciale que nous avons à considérer. Mais l'époque actuelle est en train de changer son point de vue. Nous n'avons pas tellement ici, à apprécier la légitimité de son action qu'à la constater simplement. Sans doute, nous pensons que la transition ne doit pas être trop brusque, car même, dans notre activité qui est la plus innovatrice, nous devons surtout tenir compte de la tradition. Mais c'est un fait qu'à l'heure présente le droit devient plutôt individualiste, ou du moins tend à le devenir. De plus, la loi a perdu de son antique prestige auprès de l'individu : il cherche davantage, en lui-même, les raisons de justice

ou d'intérêt qui lui commandent de s'incliner devant elle, que dans son seul commandement : et « dès qu'il se croit obligé, par sa conscience, de refuser obéissance à la loi, il y est, en effet, obligé. La conscience individuelle ne peut pas ne pas se faire juge de la loi, et de la mesure de soumission qu'elle lui donnera par ses actes » (1). Il n'est donc pas étonnant de constater que la jurisprudence a fait tous ses efforts pour s'affranchir, en matière de preuves, de textes déjà vieux et trop rigoristes pour les temps nouveaux.

(1) G. Lanson. Le respect de la loi. Revue Bleue, 1907, t. I.

CHAPITRE III

DU COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT DANS LA JURISPRUDENCE

1. Le Code civil a soigneusement défini le commencement de preuve par écrit, mais la jurisprudence a trouvé moyen de l'étendre dans chacun de ses termes. — 2. La loi exige un écrit, et non un acte juridique : il peut n'être pas représenté et n'avoir pas trait au litige. — 3. L'écrit peut être rédigé et signé par celui à qui on l'oppose, ou soit seulement signé, soit seulement écrit : dans ces cas, la jurisprudence ne peut étendre qu'en fait la définition légale. — 4. Mais elle a utilisé l'écrit non signé par la partie et rédigé par un tiers officier public qui écrit à sa place. L'écrit du mandataire lui fournit un commencement de preuve, et elle fait ainsi même dans des cas où le mandat est douteux. — 5. Elle est même allée jusqu'à se passer tout à fait d'écrit en lui assimilant les aveux et demi-aveux de la partie. — 6. Ces aveux et demi-aveux se produisent d'abord dans les réponses faites devant le juge de paix en conciliation. — 7. Ensuite dans les interrogatoires sur faits et articles, même s'ils ne produisent que des déclarations confuses et contradictoires. — 8. L'aveu n'est pas alors indivisible. — 9. Encore, dans les réponses faites à une comparution personnelle, lorsqu'un procès-verbal a été dressé. — 10. Certains arrêts n'exigent même pas la constatation dans un procès-verbal, mais seulement dans les motifs ou les qualités du jugement, et malgré les décisions opposées, ils semblent indiquer le véritable sens de la jurisprudence. — 11. Enfin les réponses faites au criminel peuvent encore constituer un commencement de preuve par écrit. — 12. Pour former un commencement de preuve, l'écrit doit rendre vraisemblables les faits allégués : c'est une question de fait. — 13. La conclusion de ce chapitre est que les tribunaux, pour statuer d'après leur conviction, ne lient leur arrêt à la loi que par un rapport lointain : souvent même ils statuent sans préciser les motifs.

La jurisprudence ne pouvait pas se contenter de la preuve rigoureuse dont nous avons esquissé l'inspiration dans le chapitre I : comme elle ne pouvait pas mé-

connaître d'emblée l'interdiction trop formelle de l'article 1341, c'est par une large compréhension des exceptions portées à cette double interdiction, qu'elle a pu réaliser son œuvre d'extension.

La première exception est formulée dans l'article 1347, et nous allons voir que c'est par elle que l'action des tribunaux a été la plus grande.

Déjà, l'ordonnance de 1667 avait autorisé la preuve par témoins lorqu'on possédait un commencement de preuve par écrit (1) ; mais comme elle n'en avait donné aucune définition, des controverses s'élevèrent dans la pratique : l'opinion généralement adoptée en jurisprudence et en doctrine, soutenue par Danty et par Pothier, était que l'écrit dont il s'agissait devait émaner de l'adversaire.

Le Code civil a repris cette thèse; mais, pour faire cesser toute discussion, il a donné une définition du commencement de preuve par écrit. Nous avons vu, dans le premier chapitre de cette deuxième partie, comment il avait précisé sa pensée en exigeant plusieurs conditions pour qu'un écrit puisse valoir commencement de preuve. Il a voulu empêcher toute divergence d'interprétation. Les divers termes que comprend sa définition, ont chacun leur portée, et il a pu lui sembler que le juge ne recevrait que des documents assez probants, à l'appui desquels les témoignages pourraient être entendus sans danger.

(1) L'ordonnance de 1566 n'avait pas expressément formulé cette exception; mais celle-ci était reconnue et admise tant par les auteurs que par les tribunaux. L'ordonnance de 1667 assimila les actes sous-seing privé aux actes authentiques; elle leur reconnut une entière force probante quand leur signature était reconnue. Quant aux autres écrits auxquels il manquait un élément de perfection pour valoir pleinement comme actes, elle leur reconnut une moins grande énergie en décidant qu'ils vaudraient comme commencement de preuve par écrit.

Nous allons voir cependant qu'il n'a pas empêché une interprétation extensive de se glisser à travers le texte de l'art. 1347.

Il est à noter, dès le début, que l'œuvre de la jurisprudence se présente comme une très large extension : il résulte, en effet, de la place qu'occupe la preuve testimoniale dans le Code civil, et de la manière dont elle y est reçue, que le législateur l'a considérée comme une exception. Comme telle, elle aurait dû être strictement interprétée; c'est dans un sens plutôt étroit qu'il eût fallu entendre les cas dans lesquels elle est admissible. Le travail de la jurisprudence a été de constamment méconnaître ce caractère exceptionnel.

La loi exige d'abord « un acte écrit »; sur ce point, il n'y a eu aucune difficulté; on n'a pas admis que ces mots avaient été employés dans le but de restreindre le commencement de preuve par écrit aux actes purement juridiques. Sans cela, on se trouverait trop rarement dans l'hypothèse de l'article 1347 (1). Un écrit quelconque peut être utilisé : ce qui attire la confiance du législateur, c'est l'écriture qui, par opposition aux déclarations orales, apporte dans la preuve un élément de grande sûreté. Quand elle ne prend pas la forme d'un acte, elle n'en conserve pas moins les garanties de fixité et de sécurité qu'elle tient de sa constitution même, de sa nature. Cela est suffisant pour que les juges puissent en faire un commencement de preuve par écrit : ainsi pourront permettre une enquête : des inscriptions sur un registre domestique, des mentions

(1) Pothier. Traité des Obligations, nº 803. Bigot Préameneu et Jaubert dans les travaux préparatoires ne parlent que d'un écrit. Fenet xiii, p. 304 et 398. Loré xii, p. 409 et 528. Demolombe, vol. 30, nº 112 et s. Garsonnet. Procédure civile, t. III, nº 824. Baudry Lacantinerie et Barde. Des obligations, t. III, nº 2583. (2me partie, p. 871).

inscrites au dos et en marge de titres, des lettres-missives, même des notes écrites sur des feuilles volantes; à plus forte raison, il faut joindre, à cette énumération, un projet d'acte dans lequel l'auteur se reconnaît débiteur de la dette litigieuse (1). Ce point, ne prêtant pas sujet à de sérieuses discussions, nous ne croyons pas utile d'entrer dans le commentaire des arrêts que nous citons en note.

Une question se pose à propos de l'écrit invoqué comme commencement de preuve : celle de savoir s'il doit être représenté ? Théoriquement, la réponse est affirmative; si l'on pouvait, en effet, prouver son existence par témoins, la disposition de l'art. 1341 serait ouvertement violée : il faut que les juges puissent eux-mêmes apprécier la valeur de l'écrit.

Cependant, la jurisprudence dispense de la présentation de l'écrit lorsque son existence est reconnue par l'adversaire, et que les parties sont d'acord sur son contenu : cela rend possible un détour par lequel on pourra enfreindre la prohibition de la loi, pour rendre admissible la preuve par témoins; les parties n'auront qu'à s'entendre sur l'existence d'un écrit (2).

Une extension plus grave a été admise quand l'écrit invoqué non seulement n'était pas représenté, mais même n'avait pas trait directement au litige. Normalement, ne devrait servir de commencement de preuve, que celui qui se rapporte immédiatement au procès : cependant, il a été décidé qu'un acte non représenté et étranger aux faits en litige constituait un commencement de

(1) Req., 4 juin 1896. D. 96.1.456. — Bordeaux, 8 mars 1889. D. 91.2.1. — Civ. rej., 14 décembre 1892. D. 93.1.489. — Cour de Paris, 31 octobre 1895. D. 96.2.21. — Nancy, 19 mai 1894. D. 95.2.94. — Paris, 27 décembre 1866. D. 67.2.30.

(2) Cass., 19 décembre 1849. D. 50.1.234.

preuve par écrit : pour prouver des faits de captation, un arrêt, de la Chambre des requêtes s'est basé sur une convention par laquelle les enfants du *de cujus* avaient arrêté que, par suite de l'affaiblissement des facultés mentales de leur père, ils administreraient les biens; cette convention n'était pas produite en justice; mais elle était reconnue par celui auquel on reprochait les faits de captation. La Cour de Caen, et sur pourvoi, la Cour de cassation, ont admis qu'elle pouvait constituer un commencement de preuve par écrit susceptible, avec l'aide des résultats produits par l'enquête, de prouver les faits de captation (1).

Telles sont les quelques explications que nous avons cru devoir donner sur la manière dont la jurisprudence comprend la première condition de l'art. 1347.

Il faut en outre que l'écrit, pour constituer un commencement de preuve, soit émané de la personne contre laquelle la demande est formée. En principe, un écrit est émané d'une personne, lorsque l'écriture qui le constitue a été tracée de sa propre main. Cette condition est pleinement remplie lorsque le corps de l'acte en entier et la signature sont l'œuvre du même auteur : il en est ainsi pour les actes sous seing privé auxquels ne manque qu'une formalité pour valoir pleinement; voici une espèce : l'aval donné par un non-commerçant sur un billet à ordre, constitue un acte sous-seing privé ordinaire : la jurisprudence lui ayant reconnu un caractère purement civil, il ne peut faire preuve complète des engagements qu'il constate que si, d'une façon générale, il remplit toutes les formalités exigées par la loi; spécialement, il doit mentionner la somme pour laquelle il est consenti; et à défaut, il ne peut former un acte

(1) Ch. Req., 30 juillet 1850. D. 50.1.234.

valable, mais seulement un commencement de preuve par écrit. Ici, l'art. 1347, al. 2, est pleinement satisfait, car l'acte invoqué est à la fois rédigé et signé par la partie (1). — Pareillement, un acte sous-seing privé constatant un engagement synallagmatique régulièrement dressé, mais qui n'a pas été passé en double original, ou qui ne contient pas la mention qu'il a été fait en double, doit être tenu pour émané de la partie à laquelle on l'oppose, du moment qu'il a été écrit et signé de sa main (2).

Il n'est pas nécessaire de faire d'autres citations; les solutions des tribunaux se comprennent très bien. D'ailleurs, jusque-là, la loi est suffisamment observée : il s'agit bien d'écrits provenant du débiteur, puisqu'il les a lui-même rédigés et signés. L'action de la jurisprudence n'est que l'application et l'interprétation normale des textes du Code civil.

Mais partout on ne trouve pas les conditions de l'article 1347 aussi exactement remplies; un acte ne cesse pas d'être émané d'une personne, parce qu'au lieu d'être à la fois écrit et signé d'elle, il a été simplement écrit ou seulement signé. L'une ou l'autre de ces deux formalités manifeste suffisamment l'intervention personnelle.

Pour la signature, cela se comprend tout seul : celui qui met son nom au bas d'un acte, en reconnaît et s'en approprie tout le contenu: la signature est par excellence le cachet de l'individualité et la reconnaissance de son engagement. Le cas est simple, et l'exemple facile à trouver : c'est celui d'un acte relatant un engagement unilatéral écrit par une autre personne et

(1) Montpellier, 18 décembre 1893, D. 94.2.455.
(2) Eodem.

signé seulement du débiteur, sans apposition de la formule légale du bon pour ou approuvé, prescrite par l'article 1326. Cet acte privé est imparfait, mais il vaut en tant que commencement de preuve. Il est de jurisprudence constante que l'omission de la prescription spéciale de l'article 1326 n'empêche pas les juges de trouver, dans l'acte irrégulier, un commencement de preuve pouvant être complété par des présomptions ou des témoins. Il a été jugé que, une personne qui réclame, à la succession d'une veuve décédée, des billets qu'elle-même a rédigés et que la défunte a seulement signés sans faire précéder sa signature d'une approbation quelconque, invoque avec ces billets un commencement de preuve par écrit (1). — Dans une espèce différente, une somme avait été allouée à une commune pour être distribuée à ses habitants, victimes d'une inondation : le maire a signé l'état de répartition. Sa signature a suffi pour offrir le commencement de preuve sur lequel l'enquête a pu être autorisée, afin de prouver qu'il avait détourné les sommes à lui confiées, pour être équitablement réparties entre les sinistrés (2).

Dans des cas analogues, il n'y a aucun doute, et il ne saurait guère y en avoir : cependant, la question de savoir quand est-ce qu'une signature peut être invoquée comme commencement de preuve, peut se présenter avec plus de délicatesse et moins de sûreté; en sorte que les tribunaux ont pu trouver, en fait, l'occasion d'être favorable aux témoins. Ainsi, il peut se faire que la signature apposée au bas d'un acte soit

(1) Requêtes, 30 novembre 1891. D. 93.1.285. Voir d'autres espèces dans le même sens : Chambéry, 12 août 1881. S. 82.2.125. — Cass., 21 octobre 1890. S. 93.1.182. — Cass., 16 février 1892. S. 93.1.409. Orléans, 5 mai 1897. S. 97. 2.303. — Cass. 13 nov. 1895. S. 97.1.262.

(2) Ch. cr., 2 février 1901. D. 04.1.102.

incomplète : voici un cas : une partie avait seulement écrit la première lettre de son nom jointe à son paraphe sur un acte qu'on lui retorquait : ce n'était pas beaucoup, d'autant plus qu'on ne reconnaît aucune force probatoire au paraphe lorsqu'il se trouve seul (1); on ne possédait en somme que l'initiale du nom du signataire qu'une mort instantanée l'avait empêché de compléter. La Cour de Paris en a fait un commencement de preuve par écrit permettant d'établir les conventions contenues dans le projet d'acte (2). — Dans une autre hypothèse soumise à la Cour de cassation, on produisait une quittance qui n'avait pas été écrite par le créancier. Celui-ci s'était borné à approuver l'écriture dans une reconnaissance marginale; il avait ensuite apposé sa signature sur un timbre mobile collé sur l'acte, de telle sorte que la dernière lettre de son nom, seule, débordait et était écrite sur l'acte lui-même. La Cour a fait état de l'ensemble pour y trouver un commencement de preuve par écrit (3). Cependant, la signature était l'essentiel, et elle avait pu être frauduleusement portée sur l'acte par le moyen d'un timbre collé à dessein. Elle ne faisait pas partie intégrante de l'acte, puisqu'elle était, presque en entier, écrite sur un papier distinct, bien que lié à lui.

L'arrêt rendu dans cette affaire aurait pu trouver le commencement de preuve dans la seule approbation marginale écrite par le créancier, car il est également admis que l'écriture seule suffit à prouver que son auteur s'est attribué l'acte sur lequel il a écrit. — Le projet

(1) La doctrine est en ce sens : Aubry et Rau, t. VIII., p. 335. Demolombe, t. XXX, n° 116. Cependant nous ne connaissons pas de solution de jurisprudence sur ce point précis.

(2) D. Rép. Alph. V° oblig. n° 4817.

(3) Cass., 28 mai 1895. D. 95.1.527. Voir une hypothèse analogue. Req., 22 juillet 1902. D. 1905.1.324.

d'un acte sous-seing privé rédigé par une personne qui s'y reconnaît débitrice de la dette que son créancier lui réclame, fournit contre elle un commencement de preuve par écrit (1). — Il a été jugé que, dans la vente d'un office ministériel, la promesse du vendeur, de se démettre de sa charge, écrite mais non signée par lui, permet de compléter la preuve de la vente par des présomptions (2). — Et encore, qu'un acte entièrement écrit par une partie, mais par simple annotation et sans signature, vaut commencement de preuve de l'engagement qu'il relate (3). — Pareillement, on trouve la preuve de l'abus de blanc-seing dans le corps même de l'écriture de celui que l'on accuse d'avoir abusé du blanc-seing (4). — Dans tous les cas, l'écriture seule fournit un commencement de preuve dans le sens de l'article 1347.

Mais les tribunaux sont allés beaucoup plus loin, pour admettre la preuve par témoins : ils ont décidé qu'il n'était même pas nécessaire que l'écrit soit rédigé et signé par la personne à laquelle on voulait l'attribuer : lorsqu'une personne ne sait pas signer, un officier public, juge ou notaire, peut fort bien la remplacer, et transcrire son approbation aussi valablement que si elle-même l'avait fait. Malgré les termes nets et précis de l'article 1347, les arrêts de jurisprudence sont formels là-dessus : « Attendu qu'il n'est pas nécessaire, dit la Chambre des requêtes, que l'acte invoqué comme commencement de preuve par écrit soit écrit ni même signé par la partie à laquelle on l'oppose; qu'il est censé émaner d'elle lorsque, comme dans l'espèce, il a été dressé à sa requête par un officier public compétent et dans

(1) Cass., 4 juin 1896. D. 96.1.456.
(2) D. R. Alph. V° oblig., n° 4820-2°.
(3) D. eodem, n° 4820-3°.
(4) Riom, 30 mars 1844. Sirey. 44.2.321.

la forme requise pour faire foi » (1). La décision qui s'exprime en ces termes n'est d'ailleurs que la consécration d'une jurisprudence unanime et conforme (2), dont le raisonnement est très simple : pour qu'un acte soit considéré comme émané d'une personne, il n'est pas nécessaire de lui en attribuer la confection matérielle; il suffit que l'inspiration dont il est la traduction, vienne d'elle, qu'elle ait eu la volonté directrice, que l'officier public rédacteur n'ait été que son agent d'exécution.

Cependant, l'article 1347 demande, pour former un commencement de preuve, un écrit émané de celui contre lequel la demande est formée : il établit une relation immédiate entre l'écriture et la personne contre laquelle on la retorque. Ce n'est donc pas l'interprétation littérale qui a été suivie par la jurisprudence.

Dans le principe, nous ne la blâmons pas, et personne ne songe à le faire : on est d'accord pour admettre que les règles du mandat doivent avoir ici leur application naturelle : l'écrit rédigé par le mandataire est censé émaner du mandant. Bien que l'article 1347 soit muet sur ce point, on l'a fait souvent rentrer dans ses termes : ainsi, les déclarations contenues dans des pièces de procédure rédigées par l'avoué au nom de son client peuvent constituer un commencement de preuve par écrit, à l'encontre de celui-ci, par exemple, celles qui sont portées dans une requête ou dans des conclusions (3).

(1) Req. 16 mars 1881. D. 82.1.373. Voir aussi Cr. r. 5 janvier 1883. D. 83.1. 366-367 : la production dans un ordre signée de l'avoué seul est tenue pour émanée du client et vaut com. de pr. par écrit.

(2) Bordeaux, 18 juin 1839. J. G. V° oblig., n° 4801. — Eod. Paris, 14 juin 1843, n° 4801-2° et 4758.

(3) D. Rép. Alph. V° oblig. 4801 et V° avoué 147.— Req., 4 novembre 1901, D. 1901.1.528.

Mais toutes les décisions jurisprudentielles ne se justifient pas comme des applications de cette idée : on va voir, par un ou deux exemples, que les tribunaux ont étendu, en fait, une idée théoriquement juste au-delà des limites qu'elle comporte : ils ont rattaché, à la notion de mandat, des cas où il n'en existait certainement pas : — dans un arrêt du 24 février 1892, la Cour de Bordeaux, pour la preuve d'une promesse de rétrocession d'immeubles a admis, comme commencement de preuve par écrit, la mention du payement figurant sur le livre de l'avoué du défendeur. C'est aller trop loin, car on ne pouvait considérer cette simple inscription comme faite en exécution du mandant, ni même comme sa prolongation, car « lorsque l'avoué, en dehors de toute procédure, se borne à écrire une certaine mention sur ses propres registres, sa qualité de mandataire n'apparaît plus, et la raison de décider cesse » (1).

Dans une affaire plus récente, des lettres avaient été adressées au défendeur éventuel par l'architecte des demandeurs pour l'informer qu'il était chargé d'établir le compte de ce que ledit défendeur devait à ses clients à raison de certaines constructions litigieuses : l'arrêt a considéré que l'architecte pouvait être regardé comme le représentant des demandeurs. Les lettres écrites par lui formaient donc un commencement de preuve. — On ne peut toutefois manquer d'observer que pour qu'il en soit ainsi, il aurait fallu préalablement prouver, conformément aux règles de la preuve l'existence d'un contrat de mandat entre les demandeurs et l'architecte : or, cette preuve n'avait pas été apportée. Malgré cela, la Chambre des requêtes a déclaré que les juges du fait avaient sainement apprécié.

(1) Note sous l'arrêt dont est question D.. 1893.2.181.

. Nous ne citerons pas d'autres exemples : les deux que nous venons de mentionner suffisent à montrer que le procédé des tribunaux est toujours le même : ils partent d'une théorie fort juste en elle-même, mais en fait ils en étendent considérablement la portée, ils lui font embrasser des hypothèses très éloignées d'elle (1).

Il est temps d'arriver à l'œuvre la plus originale et la plus hardie de la jurisprudence. Nous venons de voir comment elle se montrait le moins rigoureuse qu'elle pouvait sur la nécessité de l'écrit exigé par l'article 1347 : mais là, son action se trouvait gênée et comme rétrécie parce qu'elle ne pouvait qu'en fait, dans quelques cas isolés, réaliser l'extension de la preuve par témoins. C'est pourquoi elle s'est débarrassée de cet article, en déclarant que l'écrit par lui exigé n'était pas indispensable du moment qu'on pouvait le remplacer par un équipollent. Cet équipollent, elle l'a trouvé dans l'aveu de la partie contre laquelle la demande est formée.

Voici la façon très simple dont elle a raisonné : si la loi reconnaît à l'écriture la force d'une preuve complète ou d'un commencement de preuve, selon qu'elle forme un acte juridique valable ou un instrument imparfait, c'est parce qu'elle contient un aveu plein et entier, ou un aveu incomplet, un indice d'aveu si l'on veut. Ce n'est donc pas de l'écrit que provient la force probatoire, mais

(1) Il est toutefois des espèces dans lesquelles le raisonnement précédent relatif au mandat ne peut pas trouver son application. Tel est le cas d'une partie qui refuse de signer ; on ne peut lui attribuer l'intention de considérer l'officier ministériel comme son agent d'exécution chargé à sa place de la seule rédaction, ni considérer comme émané d'elle un acte dont sa volonté a repoussé les énonciations. Les actes notariés ne pourront donc servir de commencement de preuve à l'encontre d'une personne que si elle ne savait pas signer ou si cela lui a été impossible. Pratiquement le plus souvent on lève la difficulté en exigeant la signature des parties. De plus cet obstacle ne se présente pas dans les actes judiciaires : les jugements et les actes dressés par les juges n'ont pas besoin d'être signés par les parties.

des déclarations personnelles qu'il renferme. — Dès lors, dans tous les cas où on rencontrera des aveux, aussi nets et aussi sûrs, on pourra les utiliser, bien qu'ils ne revêtent pas la forme légale de l'écrit.

L'importance des conséquences qui résultent de ce raisonnement est énorme. On laisse tout à fait de côté, et même on contrecarre l'esprit des rédacteurs du Code civil; il le fallait pour que la réforme fût réalisable, et les tribunaux n'ont pas hésité à aller jusque-là : l'écriture, qui avait eu tout le prestige de la meilleure preuve en 1804, est abandonnée dans un plus grand oubli; car on déclare que ce qui importe, ce n'est pas la forme dans laquelle se manifeste la preuve, mais ce qu'elle contient réellement. Les aveux vont ouvrir la porte à la preuve testimoniale.

Ce n'est, ni plus ni moins, qu'une réforme de la loi opérée par les tribunaux : et il faut relever que sa portée est immense : elle aboutit à une situation opposée à celle qu'avait prévue le Code civil : celui-ci avait restreint le champ d'application de la preuve testimoniale; la jurisprudence l'a considérablement étendu; car il peut être assez difficile de se procurer un écrit de la partie à laquelle on désire l'opposer, tandis qu'on trouvera son aveu avec beaucoup plus d'aisance : à un moment ou à un autre, en effet, une personne parle : d'ailleurs, dans certaines occasions elle y est obligée, spécialement devant la justice. Si elle se méfie, on lui posera des questions pour la provoquer, et il sera bien rare, en définitive, qu'elle se confine dans un mutisme complet. De toutes façons, on recueillera ses déclarations : on les couchera par écrit et on pourra les lui reprocher.

Comme on le voit, le procédé n'est pas compliqué, et on ne peut l'accuser de n'être pas logique; mais il est illégal; sans doute « le demi-aveu, pourvu qu'il soit sûre-

ment constaté, vaut bien le demi-écrit et peut aussi ouvrir le droit testimonial, seulement c'est ajouter à la loi » (1). La loi en effet ne dit nulle part que les demi-aveux permettent l'audition de témoins. La jurisprudence l'a complétée.

Son idée générale, ainsi dégagée, voyons d'un peu plus près comment elle a su trouver ces demi-aveux dont nous venons de parler.

Ces aveux sont des déclarations contenant reconnaissance de la partie sur les faits du procès : ils constitueront un commencement de preuve par écrit, dès qu'ils seront relatés dans des actes judiciaires, car l'autorité judiciaire peut constater le consentement de la partie aussi pleinement que celle-ci l'aurait fait elle-même.

Il en sera ainsi dans des situations diverses.

Dans le premier cas, les parties se trouvent en conciliation devant le juge de paix :

Le commencement de preuve par écrit résultera du procès-verbal de conciliation, alors même que la partie ne l'aurait pas signé. — Il en est autrement du procès-verbal de non-conciliation (2). L'article 54 du Code de procédure prévoit les deux cas : si la comparution devant le juge de paix aboutit à un arrangement amiable, le procès-verbal constatera en détail les dires des parties, car celles-ci doivent garder la trace de leur accord, afin de prévenir toute contestation ultérieure ; sur leur demande le juge leur en donnera acte (3). Si au contraire elles n'ont pu arriver à une entente, l'article 54

(1) Raoul de la Grasserie, *loc. cit.*, page 549.

(2) Cass. Belgique, 4 mai 1882. D. 84.1.90. Conclusions de l'avocat général Mesdach de ter Kiele.

(3) Le procès-verbal est la raison d'être de la conciliation, qui demeurerait sans résultats si elle pouvait disparaître du jour au lendemain : « La conciliation serait sans effet si les parties ne pouvaient s'arranger définitivement devant les conciliateurs ». Treillard dans Locré, t. XXI, p. 248 et 253.

prescrit au juge de mentionner sommairement que l'accord n'a pu avoir lieu. Il a réagi en cela contre le droit antérieur ; les travaux préparatoires en font foi ; : la loi des 16-24 août 1790, article 3 du titre 10, laissait au bureau de paix le soin et l'obligation de constater dans tous les cas le résultat de la comparution avec les déclarations prononcées ; mais de grands abus se produisirent, et pour y remédier le Code de procédure adopta la réglementation précitée, interdisant au juge de paix de constater les déclarations des parties dans un procès-verbal de non-conciliation. Dès lors, si le juge conciliateur ne tenait pas compte de cette injonction, il dépasserait les limites de ses pouvoirs, et le procès-verbal par lui rédigé ne pourrait constituer une preuve qui est attachée à sa qualité de magistrat (1). Il n'en serait différemment que si la partie à laquelle on veut opposer le procès-verbal l'avait revêtu de sa signature (2).

La seconde application de la même idée conduit à utiliser comme commencement de preuve par écrit les réponses contenues dans un interrogatoire sur faits et articles. Elles constituent des aveux plus ou moins complets, qui n'auront pas besoin, cette fois, d'être signés de la partie pour valoir commencement de preuve.

Ce qu'il y a de plus remarquable, c'est la manière dont on a utilisé les déclarations faites à l'interrogatoire : on aurait pu penser que les tribunaux n'admettraient la preuve testimoniale que lorsqu'ils se trouveraient en présence de réponses franches et nettes qui aient évidemment le caractère d'un aveu. Mais la puissance du fait l'a

(1) Besançon, 29 juillet 1881. D. Rép. Alph. V° Preuve S. n° 11-1°. — Ajoutons que le refus par une partie de s'expliquer au bureau de paix sur les faits articulés peut être considéré comme un commencement de preuve par écrit. D. Rép. Alph. V° oblig. n° 4777-4943-1° et 4945-1°.

(2) D. Rép. Alph. V° oblig. n° 4762 et 2°. — Eod. S., n° 1966.

emporté sur la logique : malgré la suite de leur raisonnement les juges n'avaient franchi le texte de la loi que pour faire triompher leur intime conviction. Or, si les comparants ne font pas toujours des réponses catégoriques, le juge se forme quand même une opinion : celle-ci parfois est basée sur une simple intuition, mais elle se trouvera dans la sentence.

Il se peut d'abord que la partie assignée à l'interrogatoire refuse de répondre : ce refus sera constaté et tenu pour un aveu : on se sert de l'article 330 du Code de procédure : « Si l'assigné ne comparaît pas ou refuse de répondre après avoir comparu, il en sera dressé procès-verbal sommaire et les faits pourront être tenus pour avérés ».

Cette hypothèse n'offre aucune difficulté : plaçons-nous maintenant devant une partie qui ne se refuse pas à répondre : il n'est pas nécessaire, pour faire rentrer ces réponses dans l'explication que la jurisprudence donne de l'article 1347, qu'elles soient d'une correction et d'une précision parfaites.

Prenons un exemple : dans une espèce soumise à la Cour d'appel de Bordeaux du 4 avril 1898, un sieur Brugère réclamait à la veuve d'un notaire une somme de 18.000 francs qu'il avait déposée entre les mains de ce dernier le 17 février 1894. La veuve Triaud soutint que Brugère avait remis la somme à son mari, non pour son propre compte, mais comme mandataire de la dame Brugère, à valoir sur les frais et le prix de vente d'un domaine dont elle venait de faire l'acquisition. Pour faire la preuve de cette allégation, la veuve Triaud se servit de l'interrogatoire sur faits et articles subi par Brugère : aux différentes questions qui lui furent posées, celui-ci ne fit pas de réponses identiques, mais contradictoires et embarrassées : il reconnut tout d'abord que la somme

par lui versée était destinée à payer une partie du domaine acheté par sa tante, alors qu'il avait déjà déclaré dans les écrits du procès que le dépôt lui était personnel. Ce n'est que plus tard, lorsqu'il eût aperçu le danger de cette reconnaissance, qu'il tenta de lui donner une autre explication; et ici encore il se contredit ; tantôt il soutient qu'il a payé à la suite d'arrangements intervenus entre sa tante et lui, tantôt au contraire que, étant en froid avec elle il a payé sans le lui dire. Enfin, il se contredit une dernière fois lorsqu'il s'agit de préciser la date de ce refroidissement qui aurait interrompu ses relations avec sa tante. — En résumé, il n'y a dans les réponses de Brugère rien de net et de précis, puisqu'il ne donne pas une seule réponse qu'il maintienne par la suite. Il se dégage de l'interrogatoire l'impression qu'on a affaire à un homme qui s'efforce vainement d'appuyer une allégation mensongère et qui, au milieu des difficultés qu'il éprouve à y réussir, cherche plutôt à se dérober : de là sa situation embarrassée et ses réponses incohérentes. On voit vite qu'une semblable situation rend bien délicate la preuve à faire, impossible même si l'on veut s'en tenir aux termes de l'article 1347. Mais la Cour ne s'est point arrêtée à ces obstacles : elle a trouvé, dans l'ensemble des réponses, un commencement de preuve par écrit qui, joint à d'autres présomptions, lui a permis d'aboutir à une preuve complète. Elle ne déguise d'ailleurs pas son système : « Attendu que les réponses souvent évasives et contradictoires du sieur Brugère dans son interrogatoire sur faits et articles sont exclusives de bonne foi; qu'elles constituent un commencement de preuve par écrit rendant vraisemblable les faits allégués par l'appelante ». Là-dessus, les documents et pièces du procès lui ont fourni les présomptions graves, précises et concordantes qui sont de nature à ame-

ner la conviction, et elle a déclaré mal fondée la demande de Brugère.

La Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la Cour de Bordeaux en rejetant, par arrêt du 14 février 1900, le pourvoi formé contre elle (1).

La conclusion que l'on peut tirer de cet exemple montre que ce n'est pas tellement dans les déclarations des parties, mais plutôt dans leur attitude que les tribunaux arrivent à trouver un commencement de preuve.

L'exposé d'une autre espèce confirmera cette manière de voir : Un sieur Marius Rey avait simulé la vente de sa maison à un individu nommé Félix Bérenger, pour éluder l'exécution d'un jugement qui le condamnait à payer à sa mère une pension alimentaire. La vente avait été conclue sur un prix dérisoire. A l'interrogatoire qu'on lui fit subir, Rey refusa de dire s'il avait oui ou non touché le prix porté dans l'acte. Voici comment la Cour a apprécié son attitude : « Attendu qu'il a persisté à répondre qu'il s'en référait à cet acte, et attendu que ses réticences permettent de penser qu'il ne veut pas produire une contre-lettre qu'il a entre les mains et qui, selon toute vraisemblance, a eu pour objet d'empêcher l'exécution du contrat de vente. En définitive, il en résulte un commencement de preuve par écrit qui, joint à des présomptions trouvées dans les faits de la cause, constitue la preuve complète que le contrat est entaché de simulation.

Des décisions semblables montrent combien peu de chose il faut pour permettre à la jurisprudence de trouver dans les faits de la cause un commencement de preuve : non seulement, en pareilles hypothèses, nous sommes bien loin de l'écrit émané de l'adversaire exi-

(1) Req., 14 février 1900. D. 1900. 1.287.

gé par l'article 1347, alinéa 2, mais même de l'aveu qu'on lui avait assimilé : l'aveu est une déclaration précise, tandis que les contradictions, et surtout les réticences qui ont été retenues dans les affaires précitées n'ont pu donner aux juges une solution bien certaine. Sur quoi ceux-ci basent-ils donc leurs décisions ? sur leur conviction personnelle, et celle-ci résulte d'une impression qui peut-être n'a rien de stable, d'une intuition vague, et voilà tout. M. de la Grasserie dit justement, parlant de l'individu interrogé : « il suffirait presque qu'il rougît », pour que le juge trouve dans son attitude un commencement de preuve par écrit (1). L'article 1347 est bien loin oublié dans une telle manière de le comprendre et de l'appliquer.

On ne se souvient guère de lui que dans les cas où rien ne permet au juge de se former une conviction, par exemple, lorsque l'interrogé se borne à nier purement et simplement toutes les allégations de l'adversaire (2), ou lorsque ses déclarations sont totalement étrangères aux faits allégués, quand elles ne se rapportent pas à eux même d'une façon indirecte et éloignée (3).

Un autre effet curieux de la procédure d'interrogatoire sur faits et articles, c'est que l'aveu y échappe à sa règle ordinaire de l'indivisibilité. Il est de jurisprudence constante que cette règle ne s'applique pas à l'aveu quand, au lieu de le considérer comme une preuve complète, on le considère comme un commencement de preuve par écrit (4). S'il devait alors être considéré comme indivisible il en résulterait la disparition

(1) *Loc. cit.* Revue critique 1905, p. 551.

(2) Dijon, 12 mai 1876. D. 77.2.129.

(3) Besançon, 26 juin 1892. D. 93.2.555.

(4) Dalloz. Nouv. code civ. ann. Art. 1356, nos 446 et s. — Cass. Req. 1er décembre 1880. D. 80.1.255.

du pouvoir de libre appréciation qui appartient aux tribunaux : ne pouvant pas distraire, pour les faire ressortir, certaines déclarations de l'interrogatoire, c'est comme s'ils ne pouvaient pas du tout en tenir compte.

La procédure de l'interrogatoire sur faits et articles tend de plus en plus à disparaître de l'usage parce qu'elle est peu pratique et mal organisée : les questions y sont signifiées à l'avance à la partie qui a tout le temps nécessaire pour leur préparer une réponse. En outre, le tribunal n'a sous les yeux que des réponses écrites dans un procès-verbal qui lui enlève la mimique si édifiante de la scène.

Par contre, la comparution personnelle est à tous ces points de vue bien plus avantageuse : elle a lieu devant le tribunal tout entier, et personne ne sait avant de se trouver devant eux sur quoi il sera interrogé. Aussi cette procédure tend-elle à être plus usitée, d'autant plus que le tribunal a le droit de choisir entre les deux celle qu'il préfère ordonner.

Toutefois, pour la question spéciale qui nous occupe, elle présente une difficulté : la loi n'oblige pas à dresser procès-verbal de la comparution; aussi, bien souvent les réponses ne se trouvant pas relatées par écrit ne pourront pas servir de commencement de preuve (1).

Laissons ce cas de côté et mettons-nous dans l'hypothèse où un procès-verbal a été dressé : il reproduit textuellement les réponses faites, les expressions mêmes sorties de la bouche des parties. De plus, comme il est signé à la fois du magistrat et du greffier, il offre une très forte garantie de véracité, et pourra être tenu pour un commencement de preuve lors même que la partie aurait refusé d'apposer sa signature (2).

(1) Rép. Alph. V° Oblig., n° 4765, note 2.
(2) D. eod. V° 4762, note 1-1re espèce.

Cette observation faite, nous n'avons qu'à renvoyer à ce que nous avons déjà dit pour l'interrogatoire sur faits et articles : le système de la jurisprudence est le même : elle trouve des aveux dans les réponses de la partie, aussi bien que dans ses explications contradictoires (1), dans son embarras, dans ses mensonges (2), dans l'ambiguïté et l'obscurité de ses propos.

Il faut cependant dire un mot de quelques difficultés spéciales à la comparution personnelle :

Elle peut avoir lieu devant le tribunal tout entier, soit en audience publique, soit en la chambre du conseil. On a prétendu que, dans le second cas, elle n'était pas une procédure légale, et que par suite elle ne pouvait pas contenir un commencement de preuve par écrit. N'ayant pas lieu publiquement, elle ne donnerait pas une garantie satisfaisante.

Mais cette opinion doit être repoussée, et elle n'est pas admise en jurisprudence. L'article 119 du Code de procédure, qui permet de recourir à la comparution personnelle, ne prescrit qu'une condition : la fixation du jour où elle doit avoir lieu. Il en résulte donc que les tribunaux peuvent se servir des aveux qui y auront été faits par les parties comme s'ils l'avaient été en audience publique (3).

Une question plus discutée, à propos de la comparution personnelle, tant en doctrine qu'en jurisprudence, est celle de savoir si les réponses faites à l'audience doivent être constatées dans un procès-verbal ou dans un donné acte contradictoire par le jugement, ou bien

(1) D. eod.. 4766.1.

(2) D. eod. 4778.

(3) Nimes, 9 janvier 1861. D. 61.5.383 et ch. civ., 12 mars 1879. D. 79.1.272. Contra : Aubry et Rau. T. VIII, p. 335, note 22 et une décision de justice de Lyon, 9 avril 1862. D. R. Alph. V° preuve n° 14.

s'il ne suffirait pas de les consigner dans les motifs ou dans les qualités du jugement.

On trouve des auteurs et des arrêts à l'appui de chaque solution, mais la tendance générale est encore ici favorable à l'extension de la preuve par témoins; elle soutient qu'il n'est pas nécessaire de consigner les réponses des parties dans un procès-verbal.

Il convient d'appeler l'attention sur l'importance particulière de ces décisions; les tribunaux qui décident dans ce sens ont entrepris une réforme encore plus hardie que nous n'en avons vue jusqu'ici. Dans l'interrogatoire sur faits et articles on peut tenir pour des aveux, et cela sans danger, les réponses préparées par les parties. Mais ici, où elles ne connaissent les questions qu'au moment où elles leur sont posées, il se peut que leur parole trahisse leur pensée : si elles sont intimidées ou troublées, ou seulement surprises, elles répondront à la légère, avec hâte, comme fébrilement; et quand on sait l'importance que certains propos peuvent revêtir en matière judiciaire, et les conséquences qu'ils peuvent entraîner, on comprend tout le danger qu'il y a à attribuer à une partie des paroles qu'elle retirerait si elle le pouvait, qu'elle n'aurait pas prononcées si elle les avait réfléchies et pesées. On risque de voir un aveu et par conséquent une preuve là où il n'y en a certainement pas.

A ce premier danger s'en ajoute un second : il est possible que les dires des parties ne soient pas exactement reproduits : c'est l'avoué qui est chargé de rédiger les qualités du jugement; il peut manquer d'exactitude dans sa rédaction (1).

(1) Cass. Req. 24 juin 1878. Sirey, 80.1.105.

Cependant plusieurs décisions de justice ne se sont pas arrêtées à ces objections; elles déclarent en termes très nets que la rédaction d'un procès-verbal n'est pas nécessaire : voici un passage d'un arrêt intéressant à ce point de vue : « Attendu que ce caractère (de commencement de preuve par écrit) ne saurait être dénié aux réponses faites dans une comparution personnelle, faisant pleine foi contre leur auteur si l'aveu est complet, fournissant un commencement de preuve quand l'aveu est incomplet; que la loi n'ayant exigé ni la rédaction d'un procès-verbal de la comparution, ni un jugement spécial préalable, donnant acte des réponses, il suffit qu'elles soient constatées et précisées, comme elles l'ont été dans l'espèce, par le jugement qui admet la preuve testimoniale, pour qu'elles aient toute la portée des réponses qui auraient été recueillies dans un interrogatoire sur faits et articles, toute la valeur d'un écrit émané de la partie; qu'ainsi il n'y a eu ni violation de l'article 1341, ni fausse application de l'article 1347 et des règles de la preuve » (1).

De plus, on peut considérer les arrêts rendus en ce sens comme donnant la vraie tendance de la jurisprudence, car ceux que l'on invoque dans la thèse opposée ne sont pas décisifs : ils ne disent pas que la constatation des réponses dans un procès-verbal soit une condition rigoureusement nécessaire : ils ont plutôt l'air de l'accepter dans les cas où elle se présente, comme un nouvel élément de certitude qui fortifie leur opinion. On va en juger par un extrait d'un arrêt de la Cour de Rennes, qui déclare « qu'on peut trouver ce commencement de preuve par écrit dans le procès-verbal de la comparution personnelle des parties, alors surtout que

(1) Cass. Req. 24 juin 1878. Sirey, 80.1.205.

comme dans l'espèce ce procès-verbal et les réponses qu'il contient ont été signées par la partie à laquelle on l'oppose » (1). — Un autre arrêt dit qu'on ne peut pas attribuer la valeur d'un commencement de preuve par écrit « à des déclarations que le tribunal dit *vaguement* avoir été faites à son audience, sans en retracer ni le sens ni les termes, et sans permettre par conséquent au juge supérieur d'en apprécier le caractère » (2).

Enfin, nous citerons un autre arrêt qui retient les déclarations faites « dans la comparution dont il a été tenu note écrite et authentique » (3).

Aucune de ces décisions ne pose en principe que le procès-verbal soit une prescription rigoureuse : elles constatent seulement que dans les cas où il existe, le tribunal y a vu un commencement de preuve. ou bien elles déclarent qu'on ne peut reconnaître ce caractère à des réponses si vagues et si imprécises qu'on n'en peut déterminer la réelle signification. Il n'y a rien dans tout cela qui s'oppose à la solution des arrêts antérieurement cités.

Il est donc vrai que la jurisprudence se montre aussi peu rigoureuse que possible dans le rapprochement qu'elle établit entre la comparution personnelle et l'article 1347.

Il faut encore ajouter un terme à la liste des réponses faites en justice qui peuvent constituer un commencement de preuve par écrit : la doctrine et les tribunaux retiennent dans ce but les réponses faites en matière criminelle. Le raisonnement est toujours le même : « Attendu que l'arrêt attaqué déclare que les interrogatoires subis par le demandeur devant le juge d'instruc-

(1) Rennes, 26 février 1879. D. 80.2.91.
(2) Lyon, 22 novembre 1854. Sirey, 55.2.44.
(3) Poitiers, 25 avril 1883. D. 84.2.47.

tion constituaient un commencement de preuve par écrit autorisant en tous cas l'admission de la preuve testimoniale; que les interrogatoires revêtus de la signature des prévenus sont des actes émanés d'eux et leur sont opposables. — Qu'il appartient dès lors aux juges du fond d'apprécier si ces interrogatoires, d'après leurs énonciations, peuvent être considérés comme un commencement de preuve par écrit » (1). Cet arrêt relève que l'interrogatoire du prévenu tenu pour émané de lui porte sa signature; il en est presque toujours ainsi. Mais d'autres décisions se passent de cette condition ou du moins ne la mentionnent pas.

Comme dans la comparution personnelle et dans l'interrogatoire sur faits et articles, les réponses évasives et contradictoires fournies au cours de l'instruction peuvent également être retenues, et pas seulement celles qui contiennent un aveu véritable (2). En voici un exemple: « Considérant que les réponses de la femme Lelièvre aux questions du juge d'instruction, et consignées dans le procès-verbal d'interrogatoire de ce magistrat, impliquent des contradictions manifestes et portent le caractère le plus évident du trouble, de la confusion, de la fraude et du mensonge; que le même caractère se retrouve dans les réponses et explications du mari, et que les interrogatoires des deux époux offrent une manifeste opposition. — Appréciant des diverses pièces, dit qu'elles contiennent un commencement de preuve par écrit, qui rend vraisemblable le dépôt de 2.000 francs que la veuve Beauchêne a dit avoir effectué aux mains des époux Lelièvre » (3).

(1) Aix, 8 mai 1884 et ch. cr., 19 déc. 1884. D. 85.1.427. Voir aussi Ch. cr. 8 févr. 1862. D. 63.5.300.

(2) Limoges, 22 janvier 1864. D. 64.2.197.

(3) Angers, 1er juillet 1850. D. 51.2.134.

L'interrogatoire à l'audience peut aussi fournir un commencement de preuve par écrit (1). Seulement quand les réponses faites au correctionnel ou en Cour d'assises ne sont constatées que par des notes sommaires du greffier, la chose est plus délicate, car ces notes n'ont d'autres garanties de sincérité que la mémoire et le discernement du greffier. Elles ne sont ni relues au prévenu ni signées par lui, ni contrôlées par le magistrat. Il est donc impossible de dire qu'il y a là un acte écrit émané de celui contre lequel la demande est formée (2).

On trouve toutefois des arrêts qui ne suivent pas la rigueur de cette logique : la Cour de Bastia a décidé que l'aveu d'une dette, fait par un individu poursuivi pour délit, en relevant ce fait qu'il avait été constaté dans son intégralité par le greffier, constitue un commencement de preuve par écrit de cette dette que le juge peut compléter par des présomptions : « Attendu que les aveux de l'appelant se trouvent dans un interrogatoire par lui subi en audience publique du Tribunal correctionnel, en présence de l'intimée, qui était partie civile dans l'instance; que ledit interrogatoire, dressé par le greffier, exclusivement rédacteur et dépositaire des déclarations qui se font à l'audience, est rapporté, non par fragments ou extraits, mais dans son intégralité; que, s'il pouvait y avoir doute sur l'effet d'un aveu fait devant le juge correctionnel, par un individu poursuivi pour délit, on ne saurait lui refuser au moins le caractère d'un commencement de preuve par écrit; que, s'agissant, dès lors, du cas où la preuve peut être complétée par témoins, il peut y être suppléé au moyen de

(1) Rouen, 31 janvier 1851. D. 51.2.84. — Cass. cr. r., 18 août 1854. D. 55.1.143. — Caen, 9 avr. 1853. D. 54.2.189.— V. Contra : cr. 23 sept. 1853. D. 54.1.45.

(2) Ch. cr., 17 juillet 1841, D. Rép. Alph. V° Oblig. n° 4771-1.

présomptions, aux termes de l'article 1353 Code civ. » (1) — Dans une espèce plus récente un notaire était accusé d'avoir détourné, en les faisant servir au paiement d'une dette personnelle, des titres à lui remis avec mandat de les vendre. Interrogé à l'instruction et à l'audience, il s'est successivement contredit : la Cour a trouvé là un commencement de preuve par écrit autorisant l'audition de témoins pour parfaire la preuve du mandat donné au notaire (2).

Ces décisions s'inspirent de la plus extensive interprétation de l'article 1347 : on ne peut leur attribuer qu'une tendance, celle qui pousse les juges à se porter souverains appréciateurs, à faire de plus en plus dépendre leurs décisions de leur seul arbitraire. La Cour de cassation déclare que les Cours d'appel apprécient souverainement si les réponses à un interrogatoire constituent un commencement de preuve par écrit (3).

Si nous voulions faire une étude complète du Code civil, il nous resterait à étudier la dernière condition du commencement de preuve par écrit, à savoir que l'écrit invoqué rende vraisemblable le fait allégué. Mais il n'y a là qu'une question de fait qui ne nous intéresse pas, pour le but spécial que nous nous proposons dans cette étude : nous avons voulu essayer de dégager comment les tribunaux sont arrivés à s'affranchir presque complètement des conditions les plus rigoureuses imposées par la loi. — De plus, l'examen de cette troisième condition, que nous laissons de côté, est à la vérité comprise dans les précédentes : c'est seulement lorsque les faits articulés leur paraissent vraisemblables que, le plus

(1) Eod. 4771-2. Voir aussi cass., 18 août 1854. S. 1856.1.257.

(2) Toulouse, 16 juin 1897. S. 98.2.137 et la note.

(3) Cr., 22 avril 1854. D. 54.5.5. — Cr., 24 sept. 1857. D. 57.1.452. — Cr., 8 février 1862. D. 63.5.300.

souvent, les tribunaux trouvent le commencement de preuve par écrit. Même c'est pour vérifier cette vraisemblance qu'ils sont allés jusqu'à étendre le plus loin possible l'article 1347. En réalité donc, la dernière exigence de ce texte est à la base de la réforme jurisprudentielle : c'est justement parce que certaines prétentions lui semblaient vraisemblables qu'elle a remanié en fait le texte de la loi. Nous avons vu enfin combien peu de chose il faut pour qu'il en soit ainsi : un simple soupçon, c'est-à-dire presque rien, pousse le juge à accorder une enquête. Il ne faut donc rien de plus que l'examen des quelques espèces précitées pour se rendre compte que la vraisemblance est une question de fait qui n'obéit à aucune autre condition que l'intuition des magistrats.

Nous en avons fini maintenant avec le commencement de preuve par écrit : les solutions de la jurisprudence sont très nombreuses à son égard : nous en avons relevé quelques-unes pour montrer comment les tribunaux ouvrent de plus en plus grande la porte d'entrée à la preuve par témoins. L'évolution de la jurisprudence comporte une série de graduations successives qui s'élèvent à mesure que l'on part de la définition légale contenue dans l'article 1347, alinéa 2, pour s'élever à une hauteur d'où on l'a complètement perdu de vue. Au début on possède un écrit rédigé et signé par celui à qui on veut l'opposer. Puis on se contente de l'un ou de l'autre de ces deux éléments : écriture ou signature : la loi est encore respectée, mais en fait on trouve moyen d'en étendre l'application. On ne tarde pas alors à en franchir les limites et à s'en éloigner à l'infini : non seulement on se passe de toute trace d'un écrit quelconque, mais on se base même sur les aveux les plus flottants. Où donc est alors l'article 1347 ? dans un prestige bien estompé.

On se demande comment certaines décisions peuvent lui être rattachées, car les tribunaux ne dégagent pas toujours bien nettement les bases de leurs jugements; et cela confirme ce que nous avons dit sur leur manière de procéder. Ils ne prennent pas, dans plus d'une occa- la loi a subordonnée à un commencement de preuve de preuve par écrit; dans les considérants de leurs motifs ils vont droit au but : à l'admission de la preuve testimoniale.

CHAPITRE IV

LE COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT DANS L'ACTION EN RECHERCHE DE MATERNITÉ

1. La preuve de la maternité se fait par témoins quand on a un commencement de preuve par écrit. — 2. Celui-ci, la jurisprudence l'interprète dans le sens plus favorable de l'art. 324 et non dans celui de l'art. 1347. — 3. L'enfant doit prouver l'accouchement de sa mère, et son identité. — 4. L'acte de naissance prouve l'accouchement. — 5. Reste l'identité : elle n'est pas démontrée par la possession d'état sauf dans un seul cas où celle-ci fait preuve complète. — 6. Le plus souvent c'est par des témoins, s'il a un commencement de preuve par écrit, que l'enfant pourra établir sa filiation. — 7. La jurisprudence l'a aidé dans sa recherche : plusieurs cas possibles. — 8. L'enfant élève son action au décès de la mère : il trouvera le commencement de preuve par écrit dans les lettres à lui écrites par celle-ci. — 9. Ou par un tiers sur son ordre — 10. Ou bien dans les écrits de personnes intéressées à critiquer sa réclamation : leur intérêt peut être pécuniaire. — 11. Ou seulement moral. — 12. Pendant la vie de sa mère, l'enfant qui poursuit sa reconnaissance peut, en plus des mêmes documents, utiliser les réponses de sa mère à un interrogatoire sur faits et articles, si vagues soient-elles. — 13. Quelques arrêts semblent restreindre cette jurisprudence favorable à l'enfant naturel, mais sans importance. — 14. Sauf un tout récent qui oblige à prouver le mandat donné par la mère à un tiers d'écrire une lettre à sa place. — 15. En définitive cependant les tribunaux restent faciles pour la preuve de la maternité.

Notre législation se montre rigoureuse pour la preuve de la maternité naturelle : elle oblige à prouver l'accouchement et l'identité; et elle ne permet la preuve testimoniale que si on s'est d'abord procuré un commencement de preuve par écrit. En outre elle repousse « les présomptions ou indices dès lors constants » que mentionne l'article 323 pour la filiation légitime.

Aussi la jurisprudence a-t-elle trouvé, en dehors de sa tendance générale qui la pousse à amplifier notre système de preuves, des raisons qui l'y ont incité spécialement en cette matière : la mère a commis une faute à l'égard de l'enfant qu'elle place dans un abandon malheureux; il faut permettre à celui-ci de faire contre elle la preuve de sa filiation, par des moyens facilités (1).

Lorsqu'il n'aura pas été volontairement reconnu, l'enfant naturel pourra poursuivre sa reconnaissance forcée; mais par quelles voies ? il ne peut être question d'exiger de lui une preuve écrite. Le moyen normal qu'il aura à sa disposition sera la preuve par témoins, que la loi a subordonnée à un commencement de preuve par écrit.

Mais le point délicat est de savoir comment il faut entendre ce commencement de preuve : la façon de le concevoir présente un très grand intérêt, car il dépend d'elle d'entraver ou de faciliter la recherche de la maternité. — Sur cette question, la controverse bien connue a été résolue par la jurisprudence dans le sens le plus favorable à l'enfant naturel. La doctrine exige en général qu'on s'en réfère à l'article 1347 : l'enfant devrait alors apporter un écrit émané de sa mère; on voit toute la difficulté qu'il y trouverait. Elle prétend, il est vrai, se conformer aux principes généraux d'interpréta-

(1) Dans une thèse opposée, on soutient au contraire que le Code civil s'est intentionnellement montré sévère à l'égard des enfants naturels ; qu'il faut donc appliquer la loi suivant cette inspiration. On trouve un écho de cette conception dans les conclusions de M. l'avocat général de Raynal, rapportées sous un arrêt du 23 nov. 1868. Cass. ch. civ. D. 69.1.27, auxquelles la cour de cassation ne s'est pas rangée, car c'est le devoir de la jurisprudence d'harmoniser la loi avec les mœurs, qui sont de plus en plus favorables à la filiation naturelle, plutôt que de rechercher à quelles nécessités, nécessairement temporaires, a pu obéir le législateur au moment même du vote de la loi.

tion du droit qui commandent, à défaut de disposition spéciale, de recourir au droit commun; l'article 1347 contient la règle générale, à laquelle l'article 324 a dérogé dans une hypothèse spéciale, en dehors de laquelle il ne doit pas être étendu. — Ce serait soumettre l'enfant naturel à la condition la plus dure, mais cela se justifie par toute la différence voulue que le législateur de 1804 a établie entre la famille légitime, qu'il a favorisée parce qu'elle est le fondement de la société, et la parenté naturelle, sans cohésion, qu'il a vue d'un très mauvais œil : on comprend qu'il n'ait pas voulu faire dépendre la preuve de cette dernière d'écrits émanant de tierces personnes; il n'a pas refusé à la déclaration du père seul une force que des collatéraux intéressés pourraient audacieusement produire en créant de toutes pièces une maternité fictive à la mère décédée (1).

Malgré la logique de ces raisons, les tribunaux ne pouvaient se rendre à elles. Directement en contact avec la vie et les réclamations de l'opinion, ils devaient être sensiblement frappés de l'impossibilité dans laquelle se trouvent les enfants naturels d'apporter un écrit de mères qui ne veulent pas les reconnaître. Celles-ci se gardent bien en effet de leur fournir les premiers éléments de la preuve, qui sont les plus difficiles à se procurer; car on trouve toujours des témoins parce qu'il ne peut guère manquer d'y avoir entre un fils et celle qui l'a mis au monde des relations ou des rapprochements dont d'autres personnes pourront venir parler. Mais on ne trouve pas aussi aisément une preuve écrite. La difficulté se complique de plus, en fait, de ce que la plupart des mères naturelles sont des filles sans instruction qui ne savent pas écrire.

(1) Voir, conclusions de l'av. gén. de Raynal précitées.

A ces raisons utilitaires, on peut ajouter que la thèse précédente n'est pas si juridique qu'elle le paraît; on comprend fort bien qu'après avoir écrit l'article 324 le législateur du Code civil n'ait pas pu songer à l'article 1347, qui n'existait pas encore. Et si ce dernier renferme le droit commun des obligations, on trouve dans l'article 324 des règles générales sur la preuve de la filiation. Le chapitre III du Titre de la Paternité et de la filiation contient de nombreuses lacunes qui se complètent en recourant au précédent chapitre relatif à la filiation légitime (1).

Enfin les travaux préparatoires indiquent que l'intention des rédacteurs du Code n'était pas de se montrer exigeants quant à l'écrit qui ouvrirait la porte à la preuve par témoins (2).

Aussi la jurisprudence a-t-elle pleinement adopté cette manière de voir : il est maintenant formellement établi et d'une façon définitive que l'enfant naturel pourra trouver un commencement de preuve dans les « registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics et même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante ».

Nous avons dit plus haut que l'enfant naturel qui réclame sa mère avait deux choses à prouver : l'accouchement de celle-ci et son identité avec l'enfant par elle mis au monde.

La preuve de l'accouchement peut se faire par l'acte de naissance lorsque cet acte a été dressé sur la déclaration des personnes qui sont mentionnées dans l'article 56 du Code civil. Sur ce point la jurisprudence est uni-

(1) Note Pont en ce sens sous cass. précité dans S. 69.1.5.
(2) Fenet. X., p. 145, 156, 228.

forme : elle admet que l'acte rédigé selon les prescriptions et les garanties de la loi ne constitue pas seulement un commencement de preuve, mais fait envers les tiers preuve complète et entière de l'accouchement de la femme qu'il désigne comme mère; il importe peu que celle-ci ait été étrangère à sa rédaction (1). La doctrine proteste contre cette solution, qui ne lui semble pas juridique; au contraire les tribunaux trouvent dans la rédaction régulière de l'acte une garantie suffisante.

Mais ils ne vont pas au-delà et n'attribuent aucune force à l'acte de naissance pour la preuve de l'identité, pas même celle d'un commencement de preuve par écrit (2); il ne pourra donc pas être suppléé par une possession d'état conforme, ni par la preuve par témoins.

Cette solution ne facilitait pas la preuve de la maternité naturelle : la possession d'état, à laquelle la loi refuse tout effet dans la filiation naturelle, est cependant très significative (3) : elle manifeste une volonté tenace et soutenue que n'abattent pas les infortunes, qui ne se laisse pas arrêter par la réprobation que l'on attache aux fruits de liaisons illégales. — On ne pouvait tout de même aller contre la loi.

On a bien trouvé dans un cas spécial le moyen de faire produire un effet à la possession d'état : la loi y a aidé, involontairement peut-être : l'art. 336 du Code civil déclare que « la reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du

(1) Il est inutile de citer toutes les décisions qui ont été rendues en ce sens : Voir toutefois : Cass., 23 nov. 1868 précité. — Douai, 29 janvier 1879. D. 80.2.213. — Toulouse, 2 févr. 1884. D. 85.2.227. — Limoges, 6 déc. 1886. D. 88.2.93. — Agen, 28 mai 1901. D. 02.2.78.

(2) Grenoble, 14 janvier 1889. D. 90.2.193.

(3) R. Critique 1908, p. 357. De la parenté en droit, comparé par Raoul de la Grasserie.

père ». On en a conclu, par argument *a contrario*, que si cette reconnaissance était faite avec l'indication et l'aveu de la mère, elle servirait à prouver la filiation maternelle. Et comme la loi n'avait pas précisé la nature de cet aveu, il pouvait être exprès, ou tacite : l'aveu tacite s'induit des circonstances, et notamment de celles qui constituent la possession d'état, car elles ne peuvent pas être plus expressives.

Mais cette petite correction n'affectait pas beaucoup l'ensemble du système : lorsqu'il veut montrer son identité, l'enfant a une preuve complète à faire (1).

Pour apporter cette preuve, il ne peut guère, à moins d'avoir la rare bonne fortune de posséder un aveu de la mère, recourir qu'à la preuve par témoins : nous savons que le législateur, selon la méfiance que nous lui connaissons à l'égard de ce moyen, ne l'a autorisé à s'en servir que s'il possédait un commencement de preuve par écrit. Ce commencement de preuve doit, pour rendre vraisemblable la filiation qu'il réclame, le concerner tout spécialement. Or, comme les enfants qui recherchent leur mère sont des enfants abandonnés, on comprend toute la difficulté qu'il y a pour eux à se procurer un semblable document.

La loi s'est montrée sévère à leur égard : aussi appartenait-il à la jurisprudence d'en atténuer la rigidité : c'est ce qu'elle s'est efforcée de faire, spécialement dans ces dernières années. Voyons comment :

La réclamation de l'enfant peut survenir pendant la vie de sa mère ou après son décès.

(1) La preuve de l'identité est celle qui importe le plus : en effet quand le réclamant a prouvé que telle femme a mis au monde un enfant, il n'en résulte pas qu'il soit lui-même cet enfant : c'est ce qui lui reste encore à démontrer. Au contraire, la preuve de l'identité contient implicitement celle de l'accouchement. C'est pour cela que le Code civil dans l'art. 341, al. 2, semble ne s'être occupé que d'elle seule.

Généralement, c'est lorsqu'il y est poussé par un intérêt pécuniaire qu'il cherche à établir légalement les liens qui le rattachent à une mère qui l'a abandonné; jusque-là, tout en entretenant avec elle, s'il a le bonheur de la connaître, certaines relations, il n'entre pas dans la voie d'une reconnaissance forcée bien que son affection, sans être tout à fait morte dans le cœur d'un fils, se ressente de l'isolement dans lequel il a été laissé. Mais quand un avantage viendra le solliciter, il cherchera à faire valoir ses droits : au décès de la mère, il se fera connaître pour prétendre à la succession.

Il est extrêmement rare qu'un enfant naturel ne retrouve pas quelque trace de celle à qui il doit le jour : une mère n'abandonne son enfant que si elle y est poussée par une affreuse situation; elle tâche toujours de ménager quelque moyen de le retrouver dans l'avenir, quand les jours seront devenus meilleurs. De plus, la grande majorité des enfants nés hors mariage est recueillie par l'Assistance publique : or le fonctionnement de cette institution permet de retrouver d'une façon très sûre le nom de la mère (1). A l'aide de ce premier indice, il sera facile de retrouver sa trace. L'enfant naturel pourra ainsi se mettre en rapport avec sa mère; il n'en faut pas davantage pour qu'une correspondance soit engagée entre eux : si celle-ci sait écrire cela n'offre pas

(1) Pour bien préciser ce point, il nous suffira de transcrire une note que M. Charmont a fait paraître dans la Revue critique de 1908 (page 30 note 3) dans un examen doctrinal relatif au sujet qui nous occupe: « Il résulte de renseignements qui nous ont été obligeamment donnés par le service de l'état civil, qu'à Montpellier, où l'on compte près de 80.000 habitants, les déclarations portant que la mère est inconnue sont très rares ; les filles-mères qui vont accoucher à la Maternité inscrivent leur nom sur le registre d'entrée, et ce nom est presque toujours reproduit dans la déclaration de naissance. La déclaration est faite par l'interne ; la mère ne s'en préoccupe pas ; elle ignore même, le plus souvent, que la mention de son nom dans l'acte n'est pas obligatoire. En sortant de l'Hôpital, toutes les mères non mariées qui

de difficulté. Si elle est illettrée, elle se servira d'un intermédiaire qui écrira les lettres sous sa dictée, en son lieu et place.

Ces documents pourront être utilisés en justice : l'enfant trouvera dans les lettres qu'il aura reçues le premier élément de la preuve qui lui incombe : le commencement de preuve par écrit. Il n'aura devant lui qu'un obstacle de fait; pour que ces écrits puissent servir de base à la preuve testimoniale, il faut qu'ils rendent vraisemblable sa propre identité avec celle de l'enfant que la signataire a mis au monde. Ce point, n'étant qu'une question d'espèces, est livré à l'arbitraire des tribunaux.

La question soulève le moins de doute quand les lettres émanent directement de la mère : la plus grande exigence de la loi se trouve satisfaite. Les tribunaux n'ont alors qu'à appliquer leur système général sur les lettres missives. L'écrit émane bien de l'adversaire; on ne saurait demander davantage. Par la nature même des relations que cette correspondance aura servi à entretenir ou à faciliter, elle contiendra forcément des renseignements et des détails très importants : elle fournira pleinement le commencement de preuve par écrit nécessaire. Dans un arrêt du 20 novembre 1894 la Cour de Grenoble autorise le demandeur à faire par la voie d'une enquête la preuve de la maternité qu'il réclame, sur le fondement d'un commencement de preuve par écrit qu'elle puise dans les lettres échangées entre les parties, spécialement dans celles de la mère naturelle (1).

demandent à l'Assistance publique un secours d'allaitement, doivent établir leur qualité par une reconnaissance. Ainsi les enfants que l'Assistance publique désigne sous le nom *d'enfants secourus*, sont en général reconnus ; les enfants assistés, dont la filiation n'est pas légalement établie, sont surtout des délaissés, des matériellement abandonnés, ceux que l'art. 6 de la loi du 27 juin 1904, appelle les *pupilles de l'Assistance*. »

(1) Dans cette espèce, l'enfant ne fut pas admis au partage de la succes-

Faudra-t-il tenir pour équivalentes les lettres que la mère n'aura pas écrites elle-même, mais qu'un tiers aura rédigées sous sa direction ? la jurisprudence ne s'est pas toujours montrée aussi large que dans ses derniers arrêts. On trouve des décisions anciennes qui refusent toute valeur, à ces écrits, dans la preuve de la maternité (1).

Les plus récentes au contraire cherchent à faciliter la preuve : elles considèrent que les lettres écrites sous la dictée d'une femme illettrée doivent être tenues pour son œuvre personnelle : celui qui tient la plume n'est qu'un mandataire chargé d'accomplir le travail matériel que l'autre ne peut pas effectuer. S'il n'en était pas ainsi, le commencement de preuve par écrit serait d'une extrême difficulté à se procurer: on ne pourrait guère le trouver que dans la comparution de la mère à un acte authentique. La loi, sans doute, ne dit rien du cas où une personne ne sait pas écrire, mais il appartient précisément au juge de suppléer à son silence involontaire.

Aussi est-ce à juste raison que la jurisprudence tient les lettres écrites sous la dictée de la mère, comme des papiers de famille qui forment, au sens de l'article 324, un commencement de preuve par écrit.

En décidant ainsi, la jurisprudence cherche moins à

sion de la mère, mais pour un motif d'un autre ordre, sa mère s'était mariée sans l'avoir reconnu, de telle sorte que l'art. 337 l'empêchait de bénéficier d'un avantage qui aurait nui aux enfants nés du mariage. Il est en effet de jurisprudence constante, que cet article, expressément formulé par la loi pour la reconnaissance volontaire, doit être étendu à la reconnaissance forcée, qui résulte d'un jugement ou d'un arrêt. — Grenoble, 20 nov. 1894. D. 95.2.345 et la note ; et Grenoble, 26 juin 1895. D. 96.2.139. — Pour les nombreuses décisions qui admettent les lettres missives comme valant un commencement de preuve, voir D. Nouv. code civ., art. 341, nos 93 et s.

(1) Pau, 28 juin 1864. D. 64.2.159.

suivre la logique des principes qu'à donner à son intime conviction une base juridique : lorsqu'elle est persuadée que le demandeur est bien l'enfant de celle qui a fait écrire les lettres dont il se prévaut, elle n'hésite pas à reconnaître la filiation : les lettres écrites par un intermédiaire, au nom de la mère, à son enfant, constituent un commencement de preuve par écrit : un arrêt de la Cour de Douai du 29 janvier 1879 leur attribue ce caractère, et cela aussi bien au regard de l'article 1347 qu'à celui de l'article 324, ce dernier toutefois devant être pris seul en considération (1).

Déjà donc la réaction de la jurisprudence est sensible: elle n'exige pas la comparution de la mère dans un acte authentique : et si par hasard elle se trouve devant une telle comparution, elle y verra une preuve complète (2).

Mais elle devient plus facile pour admettre les lettres dictées par la mère, et leur accorde un plus grand effet. La Cour d'Agen, toujours dans le même sens, a admis qu'une mère illettrée peut recourir à un mandataire, notaire ou instituteur public par exemple, qu'elle charge de correspondre pour elle avec son fils. Mais ce qu'il y a de plus important, c'est que la Cour a trouvé dans les faits de la cause le moyen d'éluder la preuve par témoins : les pièces du dossier lui ont fourni les présomptions graves, précises et concordantes qui lui ont permis de s'en passer (3). On ne peut pas trouver plus sensible la

(1) D. 80.2.213.

(2) La cour de Limoges, dans un arrêt du 6 décembre 1886, a jugé que la présence et le consentement d'une mère naturelle à l'acte d'engagement militaire de son fils contient l'aveu de sa maternité. Et comme l'acte d'engagement reçu par le maire, dans la limite de ses pouvoirs, est un acte authentique il fait la preuve directe et complète de l'identité de cet enfant.

(3) Agen, 28 mai 1901. D. 02.2.78.

tendance qui pousse notre jurisprudence à s'affranchir du système de preuves que lui offre la législation positive. Il est facile de voir, par des décisions de ce genre, comment le juge cherche plutôt à trouver dans la preuve la possibilité de faire connaître sa conviction, qu'à faire de celle-ci une résultante de la première. Lorsque les documents du litige sont particulièrement explicites, lorsqu'ils font naître dans la conscience des magistrats une certitude complète, ceux-ci ne se contentent pas de trouver en eux un commencement de preuve par écrit : ils usent d'un détour pour se déclarer suffisamment informés.

Aux lettres missives, on peut ajouter les actes de reconnaissance sous-seing privé : ils constituent le commencement de preuve par écrit, pourvu qu'il soit bien certain que cette reconnaissance s'applique à celui qui s'en prévaut (1).

Il peut se faire que l'enfant n'ait pas d'écrits qui soient émanés directement de la mère : il pourra cependant faire valoir ses prétentions s'il possède des écrits de personnes qui sont intéressées à combattre ses prétentions ou qui y auraient intérêt si elles étaient vivantes.

Cet intérêt peut d'abord être pécuniaire.

Ainsi le réclamant pourra se servir de lettres émanées de ses frères légitimes ou naturels, s'il en a, ou de personnes qui lui sont tout à fait étrangères, comme des collatéraux de la mère naturelle à la succession de laquelle il élève ses droits. Il s'agira pour lui de recueillir la totalité du patrimoine, ou seulement la part à laquelle lui laisse droit la présence de successibles rapprochés :

(1) Baudry-Lacantinerie. T. théor. et prat. de droit civil. Des personnes, t. III., pages 611 et s. — D. J. G. V°. Paternité et filiat. n° 629. — D Nouv. C. civ. art. 341., n°s 104 et s.

les biens qui composent ce patrimoine auront rarement une valeur considérable, mais ils constitueront presque toujours un avantage inespéré et par conséquent appréciable pour l'enfant délaissé qui est jusque-là demeuré complètement pauvre. Ses adversaires au procès voudront de leur côté conserver pour eux des valeurs qui avaient auparavant fait l'objet de leurs espérances, et ils ne voudront pas abandonner cet espoir d'un gain qu'ils se sont peut-être habitués à caresser. Dans ces conditions, l'écrit émanant d'eux et que l'enfant pourra invoquer aura une signification très énergique.

On comprend donc que la jurisprudence puisse en faire le premier moyen de preuve dans l'action en recherche de maternité. Certains prétendent qu'un tel système va permettre à des aventuriers qui se seraient procuré le nom de la mère d'entrer frauduleusement dans une famille, pour faire le jeu de calculs intéressés (1). Mais il faut croire que de pareilles hypothèses, qui nous paraissent plutôt fantaisistes, sont rares en fait; et il ne semble pas que la jurisprudence, la mieux placée pour voir la réalité d'un semblable danger, ait eu jamais à le redouter.

Elle ne se fait pas faute d'admettre comme commencement de preuve par écrit les lettres qui ont été écrites à l'enfant naturel par ses frères ou sœurs, ou par ceux de la mère décédée : l'arrêt de la Cour de Nimes du 4 mai 1904, déjà cité, est le dernier, à notre connaissance, qui prononce en ce sens. On trouvera d'autres exemples d'une solution identique dans plusieurs des autres décisions de jurisprudence que nous avons déjà eu l'occasion de citer (2).

(1) Conclusions de l'av. gén. de Raynal, dans arrêt de cass. du 23 nov. 1868. *Loc. cit.*

(2) V. n. C. civ. Dalloz, art. 341, nos 73 et s.

C'est donc un principe bien arrêté, dans le monde des tribunaux, que l'écrit dont on veut se servir doit, selon l'article 324, émaner d'une personne dont la situation soit contraire à celle de l'enfant poursuivant; l'intérêt qu'elle a ou peut avoir à la combattre justifie l'utilité qu'on tire de ses papiers. Mais cet intérêt n'est pas nécessairement pécuniaire.

Il peut être simplement moral, tout en demeurant aussi puissant, et c'est avec raison qu'il est pris en considération. Dans toutes les parties du droit, les jugements et arrêts se bornent de moins en moins à s'en tenir au point de vue matériel et objectif. Les ressorts plus élevés de l'âme humaine ont une grande influence sur les affaires; ils tiennent leur place dans les combinaisons juridiques, et il serait injuste de les mépriser. Spécialement dans notre matière, l'intérêt moral constitue une poussée aussi forte que l'excitation d'un gain pécuniaire, vers un but qui est le même : empêcher l'entrée d'un enfant naturel dans la famille.

Mais ici ce n'est plus pour garder par devers soi un patrimoine qu'il faudrait partager ou restituer intégralement. C'est pour sauvegarder l'honneur de la famille et la dignité du nom. La chose est très légitime; malgré la pitié toujours, et parfois la réelle sympathie que méritent à la fois celle qui regrette une faute, où tout n'est peut-être pas à lui reprocher, et surtout celui qui a contre lui le malheur d'un mauvais destin, il faut reconnaître à ceux qu'une conception supérieure des devoirs de l'homme a maintenus dans l'obéissance à une vertu rigoureuse, le droit de mettre leur famille à l'abri de la réprobation qui punit certains errements; ils sont agités par une sorte de soubresaut intime dont il faut consacrer l'instinctive justice. C'est ce que dit en termes vrais un arrêt tout récent : « la bonne renommée de la famille

et la solidarité d'honneur qui relient tous les membres, attribuent évidemment, à chacun d'eux, le droit de soutenir que leur fille, que leur sœur n'a point accouché d'un enfant naturel » (1). Dans cette espèce, l'arrêt a vu un commencement de preuve par écrit dans les lettres écrites par le frère de la mère décédée : son degré de parenté avec la défunte lui donnait un intérêt pécuniaire évident; mais l'effet en était détruit par des testaments qui l'exhérédaient, en sorte qu'il ne lui restait plus qu'un intérêt moral.

L'enfant n'attend pas toujours le décès de sa mère pour exercer son action. Il peut la diriger contre celle-ci pendant sa vie, et il pourra naturellement la faire triompher à l'aide des moyens que nous avons indiqués : par exemple, s'il possède des lettres, il les fera connaître au tribunal. Seulement, une femme qui ne s'intéresse pas à lui ne lui procurera pas souvent une preuve aussi commode.

La jurisprudence se souvient alors de sa conception générale sur le commencement de preuve par écrit; nous avons vu quelle en était la largeur : nous ne répéterons pas par quelles constructions elle arrive à voir des écrits de la partie contre laquelle la demande est formée, dans les déclarations de cette personne, lorsqu'elles sont authentiquement constatées. Elle applique ici les mêmes procédés : les aveux de la mère dans un interrogatoire sur faits et articles pourront ouvrir la voie à la preuve testimoniale. Si l'enfant demande cet interrogatoire, les tribunaux le lui accorderont. Cela fait, il n'en faudra pas

(1) Nimes, 4 mai 1904. S. 07.2.94 et D. 06.2.129 et la note. — L'intérêt moral est aussi reconnu, par des décisions plus anciennes, pour donner à certaines personnes le droit de contester la reconnaissance d'un enfant naturel et sa légitimation. Il était donc naturel de ne pas l'écarter dans la recherche de la maternité. Cass. 17 mai 1870. Sirey. 70.1.385. — Nimes, 30 avril 1879. S. 79.2.185. — Cass., 20 avril 1885. S. 86.1.313.

beaucoup pour y trouver les éléments de la preuve. C'est ce que nous montrent certains arrêts lorsqu'ils retiennent, dans ce but, des réponses qui sont loin d'être catégoriques. Dans un arrêt du 4 novembre 1902, la Cour de Montpellier (1) puise un commencement de preuve par écrit dans les réponses d'une mère naturelle consignées dans un procès-verbal d'interrogatoire sur faits et articles. Les termes du jugement du Tribunal de Limoux, dont il consacre la solution, indiquent clairement la tendance de la jurisprudence à se dégager de plus en plus des preuves que la loi lui impose : ses attendus ne sont pas bien précis : ils semblent même indiquer une extension nouvelle de la preuve : l'art. 323, qui permet de suppléer au commencement de preuve par écrit, par des « présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants », est spécialement formulé pour la filiation légitime : or, le tribunal de Limoux semble considérer les déclarations de la mère comme « un indéniable équipollent du commencement de preuve écrite prévu par l'art 341 ». Ce qu'il y a encore de remarquable dans ce jugement, c'est la façon dont il utilise les réponses faites à l'interrogatoire : on ne s'en étonnerait pas, si celles-ci formaient des aveux complets : mais elles ne précisent rien, ou fort peu de chose : on demande à la mère si elle reconnaît le demandeur pour son enfant : elle déclare ne pas pouvoir le reconnaître, et par suite, ne conteste pas qu'il puisse l'être. Et c'est cette « réticence », cet « aveu de possibilité » que retient le jugement, comme satisfaisant au vœu de la loi (2). — D'un

(1) Sirey. 1904. 2.101 et la note.

(2) Voici les termes mêmes du jugement du tribunal de Limoux sur ce point : «...Attendu que dans les déclarations verbales du 19 courant, Marie Potelot, si elle a affirmé ne pas pouvoir reconnaître le demandeur pour l'enfant qu'elle a mis au monde, n'a pas contesté toutefois qu'il pût l'être ;

autre côté, l'arrêt de Montpellier, sans dire que ce soit un maximum exigé, rattache les réponses consignées dans l'interrogatoire à l'art. 1347, alors qu'une jurisprudence constante déclare que le commencement de preuve de l'art. 341 est celui de l'art. 324. De tout cela, résulte une fois de plus la tendance du juge moderne à transcrire, dans les sentences qu'il rend, ses convictions propres : quand les faits lui paraissent satisfaire l'explication la plus rigoureuse du texte, il ne cherche pas les motifs de celle qui est plus favorable : mais, quand ils ne peuvent se justifier que par cette dernière, il n'hésite pas à en développer les raisons.

La jurisprudence n'est pas toujours unanime sur tous les points relatifs à cette matière : ainsi, un arrêt du 16 mars 1900 de la Cour de Limoges, non cassé sur pourvoi, refuse d'attribuer le caractère d'un écrit mentionné par l'art. 324 au « certificat délivré par le secrétaire de la Commission administrative des hospices » (1). Par ailleurs, la Cour d'Agen, le 28 mai 1901, a considéré comme papier de famille l'extrait du registre des enfants assistés (2).

Nous ne croyons pas qu'il faille attribuer à cette divergence de détail une trop grande portée. L'ensemble de la jurisprudence est nettement engagé dans le sens le plus favorable à l'extension de la preuve.

Toutefois, nous devons exprimer un plus grand regret à l'occasion d'un arrêt récent de la Chambre des Requê-

qu'on peut voir là comme une réticence rendant vraisemblable le fait allégué par Emile Potelot, ou plutôt comme un aveu de possibilité de ses prétentions, soit comme un indéniable équipollent du commencement de preuve écrite prévu par l'art. 341 : que le vœu de la loi se trouve donc suffisamment rempli pour admettre Emile Potelot à rapporter la preuve de ses articulations, toutes concluantes et décisives, sauf à en préciser plus étroitement les termes..... »

(1) Cass., 22 oct. 1902. S. 04.1.485.

(2) Agen, 28 mai 1901. D. 02.2.78.

tes, du 17 juin 1907, qui s'est montré beaucoup trop sévère à l'égard de l'enfant naturel : cette sévérité porte sur un point nouveau en jurisprudence.

Disons d'abord que sur tous les points que nous venons de discuter dans ce chapitre, la Cour de cassation a confirmé la jurisprudence antérieure : elle a admis que le commencement de preuve par écrit qui doit servir à prouver, par témoins, la filiation naturelle, est bien celui de l'article 324 du Code civil; on pourra donc invoquer des écrits émanés d'une personne intéressée à la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante. La Cour a également reconnu qu'on peut trouver le commencement de preuve dans les lettres émanées de la prétendue mère et dans celles qui auraient été écrites par un tiers, sur son ordre.

Mais voici en quoi elle s'est montrée rigoureuse : c'est qu'elle a exigé de l'enfant naturel une nouvelle preuve plus difficile à faire : elle lui a demandé de démontrer que le rédacteur de la lettre par lui invoquée a agi sous la dictée de la mère; il doit prouver l'ordre donné par celle-ci. Et comment apporter cette preuve ? L'enfant demandait une enquête : la rédaction de la lettre par un tiers lui apparaissait comme un simple fait dont il demandait à faire la preuve par témoins. La Chambre des Requêtes a froidement écarté cette manière de voir : elle a vu, dans le tiers, un mandataire de la mère, et elle a exigé la preuve de ce mandat, selon les règles du droit commun. On sait que le mandat peut être verbal, mais que la preuve en doit être offerte, d'après l'art. 1985 « conformément au titre des contrats ou des obligations conventionnelles en général », c'est-à-dire, par application

(1) D. 1908.1.161., avec une longue note de Georges Ripert et les conclusions de l'avocat général Feuilloley.

des art. 1341 et suivants. La preuve testimoniale du mandat litigieux ne sera donc admise que si on apporte un commencement de preuve par écrit.

Cette solution est infiniment regrettable.

Elle est, en premier lieu, contestable au point de vue juridique pur : en effet, il n'a pas toujours été admis en doctrine et en jurisprudence, que la preuve du mandat doive être aussi rigoureusement exigée à l'égard des tiers. Des auteurs considérables déclarent qu'on ne peut les astreindre à une preuve qu'ils ont été dans l'impossibilité de ménager : l'art 1348 est donc applicable (1). Ce serait, d'ailleurs, paralyser complètement l'activité de la vie et le courant des affaires, que de vouloir exiger d'eux la preuve écrite d'une convention à laquelle ils n'ont pas été parties. Des solutions de jurisprudence s'étaient arrêtées à ces raisons (2). — Cependant, la doctrine et la jurisprudence modernes n'ont pas adopté cette manière de voir (3). — La question pouvait donc être discutée à nouveau.

Mais l'espèce, tranchée dans l'arrêt incriminé, différait du problème ainsi posé : elle était plus favorable à la vieille opinion. En effet, dans la discussion théorique que nous venons de reproduire, on peut reprocher aux tiers qui traitent avec le mandataire un manque de précaution, une imprudence au moins légère : ils pouvaient, avant de contracter, et ils auraient dû, exiger du manda-

(1) Troplong. Traité du mandat nº 145. Massé et Vergé, notes sur Zachariæ. Dr. civ. fr. t. V, nº 751.

(2) Req., 26 oct. 1808. R. A. Vº Mandat nº 169, note 3. — Req., 2 déc. 1824. Rép. Alph., eod. Vº nº 169 note 4. — Req., 23 mars 1831, eod. nº 157. — Req., 10 juin 1841, eod., nº 157. — Dijon, 14 mai 1868. D. 69.1.515.

(3) Aubry et Rau, 4e éd,. t. IV, p. 638, nº 411 note 3. — Laurent. t. XXVII nº 453.— Guillouard, Du mandat, nº 66.—Baudry Lacantinerie et Wahl, du mandat, nº 510. — Ch. civ., 7 mars 1860. D. 60.1.114. — 1er août 1870. D. 70.1.357. — Bordeaux, 10 juin 1872. D. 73.5.335. — Req., 4 mai 1874. D. 74.1.489. — Civ., 19 juillet 1894. D. 95.1.125.

faire qu'il leur montrât le titre qui lui conférait ses pouvoirs : ainsi, il est d'usage, dans les études de notaire, de montrer toujours la procuration qui autorise l'officier ministériel à faire un acte quelconque. Dans l'espèce, au contraire, il s'agissait d'une fille qui poursuivait la reconnaissance forcée de sa filiation naturelle, qui n'avait pas traité avec le rédacteur de la lettre, le soi-disant mandataire : elle n'avait pu commettre ni imprudence ni étourderie; on ne pouvait donc pas lui opposer une telle exigence. Elle se trouvait dans l'impossibilité dont parle l'art. 1348 : « Comment pouvait-elle donc administrer, autrement que par témoins, la preuve de la dictée de cette letttre ? C'est impossible ! Voilà, s'écriait l'avocat général Feuilloley, ce qui différencie du tout au tout l'affaire actuelle de celles qui ont fait l'objet de vos arrêts de 1860, 1870 et 1894 » (1).

En résumé, la solution de la Chambre des Requêtes est injustifiable en droit : elle est contraire à l'art. 1348 qui fait exception à l'article 1341, auquel renvoie l'arrêt pour la preuve du mandat : or, dans l'espèce, la demanderesse se trouvait dans l'impossibilité matérielle de montrer un écrit.

La Cour de cassation est encore critiquable d'avoir vu un véritable mandat dans la rédaction de la lettre, et non, comme le soutenait le pourvoi, un fait pur et simple. Rien, en effet, n'indique, avant tout examen, que le rédacteur n'ait pas agi en vertu d'une autre qualification juridique, par exemple, comme gérant d'affaires, représentant légal, entrepreneur de services, employé, etc... (2). L'enfant n'a pas à rechercher en quelle qua.

(1) Conclusions de l'avocat général rapportées à l'arrêt dont est question dans Dalloz, 1908.

(2) « La prétendue mère peut donner mandat à un tiers d'engager des pourparlers avec l'enfant, mais elle peut aussi s'adresser à un employé qui

le tiers a écrit la lettre : il lui suffit de prouver que celle-ci a été dictée par la mère, écrite en son nom : c'est le fait seul de la rédaction pour autrui qui l'intéresse. Or, ce n'est là qu'un simple fait, susceptible de tous moyens de preuve.

L'arrêt invoque, il est vrai, un autre argument : « autoriser la demanderesse à faire par témoins la preuve par elle offerte aboutirait à lui permettre indirectement de faire, par témoins, la preuve de sa filiation en dehors des conditions prévues par la loi. » En d'autres termes, il craint, qu'autoriser la preuve par témoins de l'ordre donné équivaille à prouver, par témoins, la filiation naturelle elle-même. Mais l'argument avait été réfuté d'avance par l'avocat général : la preuve de l'ordre donné est une question préjudicielle qui n'influe en rien sur la seconde question, celle de la filiation naturelle qui ne sera abordée qu'en second lieu. On ne peut donc que s'étonner de voir la Cour de cassation s'arrêter à une raison dont elle connaissait la non-valeur.

A quelque aspect du point de vue juridique que l'on examine l'arrêt dont nous parlons, il paraît injustifiable.

Il n'a, malheureusement, pas l'excuse d'avoir obéi à des considérations d'équité : bien au contraire : jusqu'à ce jour, les tribunaux se montraient favorables à l'action en recherche de maternité, comme nous avons essayé de le montrer. Or, voici que le nouvel arrêt apporte une restriction inconnue : il faudra s'engager dans la voie d'une nouvelle preuve extrêmement délicate, impossible souvent : comment, en effet, l'enfant, qui a reçu quelques lettres que sa mère lui a fait écrire par un tiers, pourra-

lui doit ses services, à un écrivain public ou à un dactylographe qui se chargera à forfait d'écrire la lettre, à son mari, ou à son tuteur, ou à son père, qui sont, pour certains actes, ses représentants légaux. » G. Ripert, Note sous l'arrêt, page 162, col. 2.

t-il apporter la preuve écrite de la qualité juridique du rédacteur de la missive ? d'autant plus, qu'en fait, aucun acte n'aura été passé par la mère pour donner mandat à ce tiers ? elle se sera contentée de lui donner un ordre verbal, ou de lui dicter la lettre. L'enfant, dans ces conditions, se heurtera à une impossibilité de preuve absolue. L'art. 1348 devrait trouver ici son application la plus naturelle et la moins contestable. Il est surprenant que la Cour suprême en ait jugé autrement, qu'elle ait repoussé une solution si claire.

Les conséquences de l'arrêt sont plus regrettables qu'elles ne le paraissent : par suite de l'impossibité où vont se trouver les enfants naturels de faire la preuve préalable du mandat, ils ne pourront utiliser, dans leur action en recherche de maternité, un grand nombre de documents dont ils devraient pouvoir se servir. Souvent, la mère naturelle n'écrit pas elle-même, soit parce qu'elle est illettrée, soit parce qu'elle redoute une correspondance qui fournirait des armes à son enfant. Dans ce second cas, celui-ci pouvait quand même utiliser les lettres qu'il avait reçues : car il ne recherchait qu'un demi-aveu de maternité, et il suffisait qu'il le trouve dans un écrit. Maintenant, les choses vont changer : il suffira que le mandat soit nié pour que l'enfant, ne pouvant en apporter la preuve écrite, échoue dans son action.

Cette décision toute nouvelle a donc contre elle et le droit et l'équité : il n'est pas un de ses attendus qui ne puisse être justement critiqué. Ce qu'il y a de plus extraordinaire encore, c'est que toute sa réfutation avait été faite par l'avocat général dans des conclusions remarquables.

Nous regrettons qu'elle apporte, à la propre conception de la jurisprudence sur la preuve une restriction

si sévère que rien ne faisait prévoir. Jusqu'ici, la jurisprudence « s'était efforcée de faciliter à l'enfant une preuve déjà bien difficile à apporter. Elle aurait pu lui permettre de prouver par témoins l'origine de l'écrit qui lui sert de commencement de preuve » (1).

Faut-il penser que cette manière de voir ne sera pas maintenue, si une espèce nouvelle se présente à l'appréciation de la Cour suprême ? Il est assez délicat de le dire : d'un côté, il paraît difficile de maintenir une solution si critiquable. D'un autre côté, il paraît peu probable que la Cour de cassation puisse de si tôt se déjuger.

Aussi, cet arrêt vient-il compliquer la conclusion que l'on pourrait tirer de ce chapitre : la large envergure que les tribunaux donnaient à la preuve, et la faveur qu'ils témoignaient à la recherche de la maternité, se voient tout d'un coup diminuées. Nous ne croyons pas toutefois qu'il doive nous être interdit d'être assez optimistes : c'est par une pression des mœurs, trop impérieuse pour être brusquement méconnue, que la jurisprudence a été poussée à élargir la preuve dans l'action en recherche de maternité. — Dans un temps où on sentait surtout l'obligation de pourvoir à une forte organisation de la société, les rédacteurs du Code ont eu raison de se montrer rigoureux à l'égard de la filiation naturelle. Mais une telle sévérité ne peut plus nous convenir : le malheur des enfants naturels, qui subissent une condition misérable dont ils ne sont pas responsables, n'est plus considéré comme un sacrifice utile à la discipline de l'ensemble. Il apparaît plutôt comme une injustice dont la loi, en tant que complice des mœurs, est en partie coupable, et c'est pourquoi elle doit s'efforcer de l'atténuer.

(1) Georges Ripert, *loc. cit.*, note sous arrêt *in fine*.

CHAPITRE V

DE L'IMPOSSIBILITÉ DE SE PROCURER UN ÉCRIT

1. L'art. 1348 dispense de la présentation d'un écrit quand il a été impossible de s'en procurer un. — 2. Son texte ne s'oppose pas à l'impossibilité morale. — 3. Mais il entend l'impossibilité dans un sens restreint et caractérisé. — 4. L'extension de la jurisprudence est de l'avoir comprise très largement. — 5. Les tribunaux ont d'abord nettement dégagé l'idée d'impossibilité morale, puis ils l'ont très largement appliquée à plusieurs cas. — 6. D'abord aux relations de parenté. — 7. Puis aux rapports entre patrons et domestiques.— 8. Ensuite ils ont fait dériver cette impossibilité d'un usage constant qui consiste à se passer de la rédaction d'un écrit : il en est ainsi : — 9. Pour la remise d'effets au vestiaire d'un théâtre. — 10. Pour les notes du médecin. — 11. Et pour les ventes qui se font dans les foires. — 12. En dehors de ces cas, les tribunaux trouvent l'impossibilité morale dans des circonstances de fait suffisamment caractéristiques. — 13. Les juges de première instance et d'appel apprécient souverainement les faits qui la constituent. — 14. La jurisprudence pourrait aller plus loin et étendre plus nettement la notion d'impossibilité morale aux relations de parenté.

L'article 134 C. civil dispense encore de la rédaction d'un écrit « toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui » (1). Comme il ne dit pas ce qu'il entend exactement par impossibilité, la

(1) L'ordonnance de Moulins n'a rien dit de cette exception. Quant à celle de 1667, elle n'a posé aucun principe général, mais elle a énuméré certains cas dans lesquels « on ne pourrait avoir fait des actes » qu'elle a soustraits à la rigueur de la prohibition. La preuve écrite n'a pas été exigée « pour dépôts nécessaires, tumulte ou naufrage, ni en cas d'accidents imprévus » (titre 20, art. 3 de l'ord.), pas plus que pour les dépôts que les voyageurs accomplissent dans les « hôtelleries où ils logent » (art. 4) et enfin dans un

jurisprudence a profité de cette imprécision pour favoriser une fois de plus la preuve testimoniale. C'est la manière dont elle s'est servie pour y arriver que nous avons à étudier (1).

A vrai dire, l'extension a pu se faire sans trop de difficulté; elle est moins hardie que celle, par exemple, qui a consisté à assimiler l'aveu de la partie à un commencement de preuve par écrit. La loi parlant simplement d'une impossibilité, on pouvait l'entendre tant au point de vue matériel que moral. Au surplus, le texte de l'art. 1348 n'est pas nettement hostile à cette explication.

Mais l'extension y est quand même, surtout dans la façon de trouver des empêchements moraux à la rédaction d'écrits, un peu partout où ce sont les raisons d'une commodité habituelle qui les soulèvent.

La doctrine reconnaît généralement que l'impossibilité morale se trouve contenue dans toute l'étendue de l'art. 1348; elle admet, par suite, l'action légitime de la jurisprudence, sauf dans des hypothèses de fait où elle lui paraît en avoir dépassé les limites. Pour nous, les tribunaux ont élargi la loi davantage qu'on ne le pense généralement.

Nous reconnaissons volontiers que l'art. 1348 ne doit

autre cas spécial relatif au trouble de possession (titre 18, art. 3). — Mais la jurisprudence a su parer au silence de la loi : elle autorisa la preuve par témoins dans certaines espèces où il n'avait pas été possible de se procurer un écrit, en s'inspirant de l'idée générale que les textes n'avaient pas formulée. (Guyot, Répert. V° Preuve). — Elle fut d'ailleurs soutenue par la doctrine. Et Pothier écrivit la règle que le Code civil n'eut qu'à copier : « toutes les fois qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve écrite, la preuve testimoniale est admise. » Traité des oblig. n° 775.

(1) Notre but ne saurait en effet comporter une étude détaillée de l'art. 1348, en consacrant d'assez longs développements à chacun de ses paragraphes. Nous devons uniquement nous intéresser au parti que la jurisprudence a su en tirer et qui constitue son œuvre prétorienne.

pas se borner à une impossibilité matérielle, mais nous croyons que c'est surtout celle qu'il a eu en vue, que c'est la seule dont il se soit fait une idée bien nette. Nous trouvons la preuve de cette allégation dans l'examen même de ce texte.

D'abord dans la plupart des exceptions à la règle de l'art. 1341, qu'il formule comme exemple, il ne s'agit guère que d'obstacles exclusivement matériels : — Dans les quasi-contrats, les créances du maître contre le gérant, ou le fait d'avoir payé la dette d'autrui (1), se rattachent à l'impossibilité matérielle de ménager un écrit. — En ce qui concerne les délits, quasi-délits, et la perte du titre par cas fortuit ou force majeure, ce sont des événements qui, par l'évidence même, ne laissent pas non plus le moyen de rédiger une preuve littérale.

Mais n'en est-il pas quelque peu de même lorsqu'on se trouve dans les paragraphes 2° et 3° de l'art. 1348 ? sans doute, on peut voir un certain empêchement moral à la rédaction d'un écrit pour les « dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage », ou encore pour ceux qui sont accomplis par les voyageurs dans les hôtelleries. La personne qui effectue le dépôt pourrait, dans ces occasions, exiger à toute force la rédaction d'un billet signé du dépositaire. Si donc, la loi le dispense de cette rigueur, on peut dire qu'elle cède devant un empêchement moral. Mais, à notre avis, dans le Code, il ne saurait être question d'une pure impossibilité morale : il ne l'a pas prévue. Les dépôts nécessaires sont faits dans des moments de trouble, où le danger de la situation oblige à penser avant tout à sauver les personnes; la perte d'un très court instant peut être

(1) Si le créancier désintéressé a détruit son titre, le solvens de l'indu a un recours contre le véritable débiteur ; mais pour que ce recours ne soit pas illusoire, il doit pouvoir prouver l'existence de la dette par témoins.

mortelle. — De même, les voyageurs arrivent souvent en très grand nombre et à la fois, et ne font qu'un court séjour. On comprend que les nécessités d'une clientèle abondante ne donnent pas au maître d'hôtel le loisir de passer un acte avec chaque voyageur, d'autant plus que cet acte serait assez long à rédiger et demanderait beaucoup de temps, parce qu'il devrait comprendre l'inventaire de tous les effets (1). Il ne saurait donc, dans ces hypothèses, être question d'une impossibilité exclusivement morale. Le manque de temps et la poussée des moments de presse, sont des empêchements physiques. La loi a voulu dispenser d'une formalité gênante, ceux qui se seraient trouvés dans un tel embarras matériel.

En tous cas, les rédacteurs du Code civil n'ont pas voulu que le juge se montre trop indulgent dans l'appréciation des circonstances qui peuvent constituer un empêchement physique ou moral à la confection d'une preuve littérale. Ce qui le prouve bien, c'est que, dans les cas où cette impossibilité est susceptible d'une plus ou moins grande gravité, selon la nature des événements, ils lui recommandent de ne reconnaître cette impossibilité que dans les hypothèses les plus caractérisées. Après avoir, en effet, mentionné l'exception relative aux dépôts nécessaires et à ceux qui sont accomplis par les voyageurs, le texte ajoute : « le tout, suivant

(1) Les auteurs ne sont généralement pas de cet avis : MM. Baudry-Lacantinerie et Barde disent que « l'hôtelier pourrait préposer un employé à la constatation des dépôts faits par les voyageurs». Mais ils sont obligés de reconnaître qu'il « en résulterait des complications et des embarras ». Traité des oblig., t. III, 2me partie, nº 2629, p. 923. Dans le même sens Demolombe, vol. 30, nº 192. — Laurent, t. XIX, nº 567. — Larombière, t. VI, p. 573, art. 1348, nº 30.— Nous ne voulons pas dire davantage : seulement au lieu de dire que le législateur, en rendant plus aisée la preuve des dépôts « pour faciliter les voyages... », a tenu compte « d'une impossibilité simplement morale », nous pensons qu'il a vu dans cette gêne un obstacle en partie moral et en partie aussi matériel.

la qualité des personnes, et les circonstances du fait »; d'où on doit conclure que si l'impossibilité n'était pas assez marquée, les magistrats devraient sortir de l'exception et revenir à la règle générale prohibitive.

La chose a son importance qu'il fallait tâcher de mettre en lumière : pour ne rien enlever au progrès qu'a pu réaliser la jurisprudence, par une large interprétation de l'art. 1348, il faut bien montrer que l'inspiration de ce texte est certainement plus rigoureuse qu'on ne le pense généralement (1). Sans doute, l'idée du législateur se prêtait à être aisément étendue par cette double raison que sa formule ne commandait pas de s'en tenir à une seule impossibilité, et ne donnait pas une énumération limitative dans les quelques cas qu'elle citait à titre d'exemples (2).

Mais il n'en est pas moins vrai qu'elle concevait l'exception beaucoup plus restrictivement que la jurisprudence n'a cru devoir l'entendre. — Il est bon de rappeler ici que la preuve testimoniale est vue avec défaveur dans l'ensemble du système de la preuve qu'a établi le Code civil : cela conduit à penser qu'il n'était certainement pas, dans l'intention du législateur, d'admettre des exceptions trop larges qui auraient abouti à rendre illusoire la portée de l'article 1341. Etant considérée comme une exception qu'imposait la nécessité, la preuve par témoins était réservée à des circonstances particulièrement graves.

Mais il était difficile de respecter, en tous points, l'ins-

(1) La pensée du C. civ. nous semble bien comprise et résumée dans le passage suivant de Larombière (théorie et pratique des oblig., t. V., art. 1348, n° 5) : « Une simple difficulté ne suffit pas ; et ce n'est pas seulement à ceux qui ont pu facilement se procurer une preuve littérale que la loi interdit la preuve par témoins ; c'est à tous ceux qui ont pu, même avec une certaine difficulté, obtenir une preuve écrite que s'adresse cette interdiction. »

(2) Tr. civ. de Pontarlier, 28 déc. 1897. D. 1903.5.592.

piration législative : l'obligation de rédiger un écrit au-dessus de 150 francs créait une preuve trop artificielle pour entrer dans les mœurs du pays. La pratique devait souvent passer à côté de cette prescription; en réalité, combien d'affaires supérieures à ce taux se sont traitées verbalement ! on ne saurait le dire; aussi, lorsqu'une d'elles trouvait un écho devant les tribunaux, ceux-ci ne pouvaient pas élever la sévérité d'un texte dont l'application trop rigoureuse aurait méconnu les besoins essentiels à certaines professions par exemple.

Le travail de la jurisprudence a consisté, en premier lieu, à faire ressortir la notion de l'impossibilité morale : elle a, pour ainsi dire, parachevé la pensée de la loi en la précisant un peu plus : elle a voulu montrer que le sens du texte ne pouvait s'arrêter à une impossibilité absolue qui ne serait pas très difficile à apprécier. — Puis, elle a pu, doucement et sans effort, étendre la compréhension d'un article dont elle avait préalablement augmenté l'élasticité.

En d'autres termes, elle a vu, dans l'art. 1348, un principe général que le juge doit se charger de comprendre et d'appliquer; et à toutes les espèces nouvelles qu'elle a pu faire rentrer dans son application, elle a étendu le conseil que donne cet article dans son 2° : tenir compte de la qualité des personnes et des circonstances de la cause. Les tribunaux ont eu ainsi à apprécier et à mesurer l'étendue d'un principe qui, à son tour, leur a permis de consacrer plusieurs fois les solutions d'équité que leur dictait la conscience.

En dehors de là, on essayerait peut-être vainement d'établir des classifications définies dans l'œuvre jurisprudentielle : toutes les décisions s'inspirent de cette idée que nous venons d'indiquer : l'impossibilité dont parle la loi peut également s'entendre au point de vue moral et le juge est chargé de l'apprécier.

Les jugements et arrêts sont, sur ce point, très concluants : le Tribunal civil de Lorient, dans un jugement que nous citons, parce qu'il est un des plus récents, décide « qu'il y a une impossibilité morale ou relative, par opposition à l'impossibilité matérielle ou absolue, dans le fait de se heurter à une grave difficulté locale et momentanée, ou à un embarras sérieux de se procurer un écrit » (1); il applique la théorie aux ventes qui se pratiquent dans les foires : c'est une des hypothèses qui marquent le mieux l'extension donnée par la jurisprudence à l'art. 1348, et sur laquelle nous reviendrons un peu plus loin dans ce même chapitre.

Nous n'insisterons pas davantage sur le principe général auquel les juges rattachent leurs solutions : il suffit d'ailleurs de prendre une décision quelle qu'elle soit sur la matière; presque toujours, ou tout au moins assez souvent, elle formule dans un de ses attendus l'idée générale à laquelle elle subordonne la solution (2).

Nous devons maintenant, pour mieux préciser l'action innovatrice que nous étudions, entrer dans le détail de quelques espèces.

Quand la nature des relations qui existent entre certaines personnes les oblige à se distraire de l'exigence et de la suspicion naturelles dont on use envers des inconnus, elle les empêche, au cas où une obligation est contractée entre elles, d'exiger un écrit, et la jurisprudence voit là une impossibilité morale : il en est ainsi des relations d'affections et de celles qui sont basées sur une hiérarchie quelconque.

(1) Trib. civ. de Lorient, du 11 juillet 1905. D. 06.2.83.

(2) Voir par ex. : Cour de Gand, 26 mars 1852. D. 52.5.447. — Bordeaux, 2 mars 1871. S. 71.2.221. — Rennes, 26 février 1879. S. 80.2.214 et D. 80.2.91. — Paris, 23 avril 1902. D. 1903.2.323. — Trib. civ. de Nogent-le-Rotrou, 8 mars 1895. D. 96.2.275.

Toutefois il ne faudrait pas exagérer le système : la preuve par témoins n'est admissible que si l'absence d'un écrit peut être rapportée à une impossibilité véritable : le créancier ne saurait alléguer de simples raisons de politesse ou de convenance pour se prévaloir de l'article 1348 (1). Même les liens du sang ou de l'alliance ne constituent pas à eux seuls un obstacle suffisant : sans doute la parenté fait présumer une cordialité de rapports, qui dispense de certaines précautions minutieuses dont on ne manque pas d'user avec les étrangers, mais elle n'empêche en rien l'emploi de certains procédés qui, parce qu'ils sont des mesures de prudence, ne doivent pas être méconnus entre parents : il faut, pour justifier la non-rédaction d'un écrit, qu'elle s'entoure d'autres circonstances plus caractéristiques. C'est là une question de fait dans laquelle il appartient aux tribunaux d'apprécier les nuances. — Cependant nous pensons que les tribunaux feraient bien de se montrer assez indulgents : lorsque la parenté est très rapprochée, elle détermine une intimité de relations, parfois même une communauté de vie telles qu'on ne peut raisonnablement exiger un écrit pour constater les services rendus par un parent à un autre : ce serait une mesure de défiance exagérée. — Jusqu'à présent nous ne connaissons pas de décisions qui aillent si loin : mais les jugements ou arrêts ne sont pas nombreux sur la matière (2).

L'impossibilité morale de se procurer un écrit est au contraire considérée par les tribunaux comme une conséquence nécessaire des rapports entre patrons et domestiques. Les contestations qui s'élèvent entre eux sur

(1) De même l'art. 1348 ne s'appliquera pas lorsque c'est par sa faute que le demandeur ne peut apporter une preuve écrite. G. Palais, 19 sept. 1908. Rec. 1908.2.471.

(2) Cass., 25 juin 1900. S. 1901.1.328.

le règlement des gages ou salaires, dus par les premiers aux seconds peuvent donc être solutionnées par la preuve testimoniale.

Cette solution est-elle juste ? Tous les auteurs ne sont pas pour l'affirmative : généralement même, la jurisprudence est critiquée par eux : ils prétendent qu'un « écrit sera l'unique moyen à employer de la part de chacune des parties pour se mettre à l'abri des incertitudes résultant de la situation nouvelle » (1). — Cependant nous croyons que les tribunaux ont raison de décider comme ils le font : la communauté de vie qui existe souvent entre les maîtres et les domestiques empêche ces derniers de réclamer de ceux qui les emploient une preuve écrite de leurs gages : décider le contraire serait les mettre dans l'impossibilité de la rapporter à cause de l'écart qui, malgré tout, les sépare de ceux-là mêmes qui les commandent et peuvent les remercier : on ne conçoit pas d'ailleurs qu'un domestique puisse se montrer méfiant à l'égard de son patron : du moins, d'une façon générale, la situation de celui-ci appelle la confiance de celui-là. Un arrêt tout récent du Tribunal de paix de Merdrignac a confirmé que la manière de voir de la jurisprudence n'avait pas changé : il a autorisé un domestique qui réclamait ses gages à prouver par témoins que son maître ne les lui avait pas payés (2).

D'un autre côté la même solution doit prévaloir lorsque celui-ci veut prouver sa libération que l'autre conteste : il lui a été, pour des raisons semblables, impos-

(1) On sait que, avec l'ancien art. 1781, le maître était cru sur sa seule affirmation ; la loi du 2 août 1868 a décidé que le droit commun sur la preuve régirait les procès entre maîtres et ouvriers : il s'agit donc de savoir si l'art. 1348 est ici applicable. C. Peaucellier. Revue critique de législ. et de jurisp. 1869, t. XXIV, p. 516.

(2) T. paix, 29 mai 1907. D. 1908.5.5.

sible de se procurer une preuve littérale des paiements qu'il a effectués. Il doit avoir en celui qui le sert une confiance pareille à celle que celui-ci lui témoigne : il doit, sans doute, surveiller et contrôler son travail, mais la bonne harmonie de leurs rapports repousse les mesures de défiance outrée dans le genre de celle qui consisterait à exiger la reconnaissance écrite du versement des sommes gagnées par l'ouvrier. Il suffit d'ailleurs d'avoir un peu le sentiment des relations qui ont cours dans le monde du travail pour se rendre compte que la jurisprudence ne fait que reconnaître la légitimité de situations qui sont imposées par la force des choses. Il y a là un usage établi sur une véritable impossibilité morale, au sens que l'on doit donner à l'article 1348. — On peut ajouter, avec certains auteurs, que si la solution opposée « était partagée par les tribunaux, les maîtres seraient désormais intéressés à ne traiter qu'avec des domestiques assez instruits pour pouvoir leur donner quittance de chaque paiement de gages. » (1) Mais cette considération nous semble plutôt d'un ordre secondaire, d'autant plus que le nombre des illettrés se raréfie toujours davantage; la plupart des ouvriers savent non seulement signer et écrire, mais possèdent en outre quelque instruction plus étendue. A la vérité, le gros argument qui a décidé la jurisprudence nous paraît être celui que nous avons indiqué. On peut voir en ce sens un dernier jugement du Tribunal civil de Nogent-le-Rotrou, du 8 mars 1895, qui ajoute aux considérations précédentes une raison de plus; il déclare que, « si au moment de sa sortie, le domestique refusait la quittance qui lui était demandée, le maître n'aurait plus d'autre moyen de se procurer une preuve écrite de sa libération que la pro-

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, ouvr. cit., p. 935.

cédure des offres de consignation, ce qui entraînerait des frais excessifs et par conséquent odieux, eu égard à la somme due et à la situation précaire du créancier, qui, dans ce cas, serait le plus souvent sans ressources et sans domicile » (1).

Dans le cas que nous venons d'examiner, l'impossibilité morale de rédiger un écrit ne résulte pas tant d'un usage constant que de la situation spéciale qui lie le maître et le domestique. Dans d'autres hypothèses, la jurisprudence fait dériver cette impossibilité d'une coutume persistante seulement. A cette idée se rattachent des applications diverses, qui ne cadrent pas également avec la lettre du texte légal : elles sont relatives au spectateur qui remet verbalement ses effets au vestiaire d'un théâtre, au médecin qui ne garde pas non plus de titre écrit des soins qu'il donne, enfin aux ventes qui se concluent dans les foires sur la foi due à la parole donnée.

Dans ces diverses situations, l'œuvre de la jurisprudence n'a pu se faire avec une semblable facilité.

D'abord le dépôt fait par le spectateur à l'ouvreuse d'un théâtre nous paraît être celui qui s'accorde le mieux avec la loi. Nous savons que l'énumération donnée par l'article 1348 n'est pas limitative; il est donc juste de la compléter par des hypothèses analogues. Or, le contrat dont nous parlons présente des analogies certaines avec le dépôt accompli par les voyageurs dans les hôtels où ils logent, lequel est expressément visé dans le Code. Dans les deux cas, non seulement la pratique se passe toujours d'écrit, mais les circonstances sont les mêmes : il s'agit d'un dépôt effectué d'une manière quelque peu précipitée, où, par suite, l'impossibilité de rédiger un écrit vient encore de ce qu'on n'en a pas le temps. On

(1) D. 96.2.275 et la note.

comprend donc que les tribunaux n'aient pas hésité à soumettre les deux situations à une même règle. — D'autres raisons justifient d'ailleurs leurs décisions : exiger un écrit au-dessus de 150 francs serait une prétention excessive, qui continuerait à être méconnue par la force même des circonstances; d'où il résulterait que le spectateur verrait son droit dénué d'effet. De plus, comme certains arrêts le relèvent à juste titre, pratiquement les ouvreuses chargées du vestiaire délivrent au déposant un numéro dont elles épinglent un double sur les effets qu'il leur remet, en sorte que, même les règles plus exigeantes du droit commun se trouvent satisfaites : le numéro pourrait constituer une preuve écrite, ou tout au moins un commencement de preuve par écrit. — Enfin, si cette preuve littérale devait être exigée, on ne le pourrait jamais qu'à l'égard du déposant, car le contrat ayant le caractère commercial par rapport au dépositaire, celui-ci devrait avoir le libre choix des moyens de preuve.

Toutes ces raisons ont déterminé une jurisprudence définitivement assurée : le dépôt en question est sans doute un dépôt volontaire, mais on ne peut le soumettre à l'article 1923. Ce texte, qui exige la rédaction d'un écrit au-dessus de 150 francs, n'est que l'application spéciale à ce contrat de l'article 1341 auquel l'article 1348 fait précisément exception (1) pour le cas où il a été impossible de songer à passer acte de la convention litigieuse : il en est ainsi lorsqu'un usage avéré exclut l'emploi de la preuve littérale.

Il en résulte donc en définitive que les décisions des tribunaux n'ont pas eu besoin, dans les hypothèses semblables, de forcer le texte de la loi : il leur suffisait que

(1) Paris, 23 avril 1902. D. 1903.2.323. S. 1904.2.261 et note.— Gaz. Trib. 2me partie 1902.2.195. — La Loi, 16 juillet 1902.

l'impossibilité morale ait été admise à côté de l'impossibilité physique, pour en trouver toute naturelle l'application dont nous parlons.

En ce qui concerne les médecins, l'assimilation était un peu plus difficile mais réalisable quand même : il n'y a ici pas le moindre embarras matériel à la rédaction d'un écrit. Voyons un peu :

Les médecins n'exigent jamais de leurs clients la reconnaissance écrite des soins qu'ils leur ont prodigués : la nature particulière de leur profession les place au-dessus de tout soupçon en même temps qu'elle les soustrait aux règles habituelles des affaires. On ne peut l'assimiler aux relations intéressées dans lesquelles on ne poursuit qu'un but pécuniaire : ici il est naturel de ménager à l'avance la preuve irréfragable des créances. Mais il ne saurait en être de même à l'égard des hommes qui apportent à leurs semblables des soulagements et la guérison s'il est possible. Le médecin, devant ses malades, ne songe pas à leur demander à eux ni à leur famille un engagement par écrit. — De plus, les garanties de probité qu'il porte en lui permettent de s'en rapporter à sa parole et particulièrement aux notes qu'il présente. — C'est pourquoi les tribunaux voient dans celles-ci et dans les autres documents produits par les docteurs en médecine la preuve des créances réclamées. S'il y a d'ailleurs une négligence à reprocher à quelqu'un, c'est plutôt à celui qui ne paye pas régulièrement les visites dont il est débiteur. Aussi, lorsqu'il soulève, une contestation, les décisions jurisprudentielles déclarent-elles que la preuve contraire peut être mise à sa charge (1); les notes et diverses pièces produites par les médecins forment la base de présomptions suffisantes pour fixer la conviction des

(1) Bordeaux, 16 février 1900. D. 1901.1.206.

juges; à lui, s'il allègue le contraire, la charge de le prouver.

Comme nous le disions quelques lignes plus haut, l'impossibilité dans laquelle se trouve le médecin d'apporter une preuve écrite de sa créance est exclusivement morale. Elle tient à la délicatesse des rapports qui unissent les personnes en cause. On ne peut pas exiger une sorte de règlement de comptes lorsque la gravité des circonstances bannit de l'heure présente tout souci d'intérêts. Au chevet d'un malade le médecin est celui en qui tout le monde place sa confiance; il ne faut pas que plus tard le client vienne exciper d'une preuve imparfaite pour abriter sa mauvaise foi.

Encore ici les tribunaux n'ont pas eu un grand effort à faire pour rattacher le cas à l'article 1348. Cependant l'extension nous paraît un peu plus sensible que celle qui est relative à la remise de vêtements au vestiaire d'une salle de spectacle : non seulement il n'y a a pas la moindre gêne de fait, mais en somme on peut dire que l'impossibilité ne tient qu'à des raisons de convenance, très fortes et très prononcées il est vrai : c'est déjà là une légère déformation de la loi qui, on s'en souvient, veut un empêchement caractérisé.

Nous en arrivons maintenant à une dernière catégorie d'espèces dans lesquelles la jurisprudence voit une impossibilité morale qui marque mieux son progrès, et qui, à cause de cela, a soulevé plus de critique : il est d'usage que les ventes qui se concluent dans les foires soient simplement verbales. Les conventions de ce genre dont nous nous occupons n'ayant pas le caractère commercial (1), certains auteurs, assez nombreux, veulent

(1) Il va sans dire que, pour que la question ait son intérêt, nous nous plaçons en présence de ventes non commerciales comme la vente de bêtes de

les soumettre à l'article 1341, qui contient le droit commun sur les preuves (1). C'est la solution qui avait prévalu dans notre ancien droit dans le conflit suscité par les Ordonnances de 1566 et de 1667 (2).

C'est également celle que la jurisprudence a consacrée au début du XIX[e] siècle. La Cour de Bourges, réformant un jugement du Tribunal de La Châtre du 5 mai 1841, a admis, par arrêt du 23 février 1842, qu'à l'égard d'un marché « qui aurait été fait en foire, l'impossibilité d'avoir un écrit n'existait pas » (3).

Mais la solution contraire a depuis trouvé crédit devant les tribunaux, et paraît bien y prévaloir d'une façon définitive. — Les affaires qui se traitent dans les foires, même purement civiles, prennent en fait toutes les allures de relations commerciales, de telle sorte que les règles plus larges édictées pour celles-ci deviennent en fait indispensable aux autres : elles exigent une semblable rapidité dans la conclusion du contrat et une égale facilité dans sa formation : cela résulte du changement de vie et des transformations économiques ; aussi ne peut-on souscrire aux raisons que nos anciens auteurs invoquaient à l'appui de la thèse contraire à celle qui prévaut aujourd'hui. Pothier ne voit rien qui puisse dispenser les parties de la rédaction d'un écrit : du moment que des notaires sont établis dans les plus petites localités, les personnes qui ne savent pas écrire peuvent facilement recourir à leur ministère (4). — Mais

trait ou de labour entre propriétaires ; s'il s'agissait d'une opération commerciale, évidemment la preuve testimoniale serait recevable.

(1) Bonnier, ouv. cit., n° 146, 5[me] éd., p. 125 et 126. — Larombière, *op. cit.*, t. VI., p. 435-436. Art. 1341, n° 42. — Demolombe, *op. cit.*, t. XXX. n° 105.

(2) Danty. Additions sur Boiceau part. II, ch. ix. n° 6.

(3) D. Répert. Alph. V° Oblig., n° 4975.1.

(4) Pothier. Oblig., n° 788. Edit. Dupin. I. p. 464.

cet argument, malgré l'autorité du fameux jurisconsulte, ne peut pas l'emporter sur les nécessités pratiques devant lesquelles les tribunaux sont obligés de s'incliner.

Les décisions sont assez nombreuses sur le sujet, et toutes, depuis longtemps déjà, décident que les marchés qui se traitent dans les foires tombent sous l'application de l'article 1348 : il est d'un usage établi que pour constater ces affaires on s'en rapporte à la parole donnée. Les tribunaux ont vu dans cet usage une impossibilité morale qui dispense d'apporter une preuve écrite (1).

Tout le monde, il est vrai, ne les approuve pas : on leur reproche de céder plutôt à une simple commodité qu'à une véritable impossibilité (2). C'est à tort, croyons-nous, car s'il n'y a pas là une impossibilité absolue, dans le sens où on doit entendre par exemple une condition impossible, il n'en est pas moins vrai qu'il y reste une impossibilité relative que tout le monde s'accorde à faire rentrer dans les prévisions générales de l'article 1348, même les auteurs qui font le reproche en question. — De plus, il ne nous appartient pas de rechercher si les fondements d'une coutume aussi vieille sont des motifs plus ou moins raisonnables, mais d'apprécier en fait la situation de l'individu, qui, en présence de cette coutume, ne peut faire autrement que la suivre.

C'est dans cette situation que la jurisprudence voit une impossibilité morale, et un arrêt tout récent prouve qu'elle n'est pas près de modifier son sentiment. Un

(1) Rennes, 29 février 1879. D. 80.2.91. — Pau, 20 février 1890. D. 91.2.115. — Tr. civ. Figeac, 5 déc. 1894. Pand. fr. 95.2.236. — Tr. civ. Lorient, 5 juin 1895. D. 97.2.52.

(2) Bellissen, *op. cit.*, p. 222.

jugement du Tribunal civil de Lorient du 11 juillet 1905 a, selon la même manière de voir, admis « qu'il est de tradition et d'usage constants que les ventes conclues dans les foires et marchés ne sont pas constatées par écrit; que, de ce fait, il y a une impossibilité morale pour les parties de se procurer une preuve littérale du contrat, et que l'article 1348 peut être invoqué ». — Ce qu'il y a de plus marquant à relever dans ce jugement, c'est qu'il ne recherche pas si les parties au procès sont elles-mêmes illettrées; il se borne à constater que, d'une façon générale, le public des foires est sans aucune instruction; et il en conclut que les plaideurs peuvent être compris dans ce public (1).

Ce dernier exemple fait bien ressortir le désir des tribunaux de reculer toujours plus loin les limites de la preuve écrite. Il montre comment l'impossibilité morale, qui doit ouvrir la porte à la preuve testimoniale, est une idée très souple dont il est possible de tirer un grand parti. N'étant soumise à aucune règle fixe, il dépend de la jurisprudence d'en faire un emploi raisonnable dans les cas où cela lui paraîtra nécessaire.

Il suffit en effet que le juge ait la persuasion que les parties se trouvaient dans une situation telle que l'une ne pouvait exiger un écrit de l'autre pour qu'il les fasse bénéficier de l'article 1348. On ne peut rattacher la notion d'impossibilité morale à une idée précise : comme on le voit par les exemples que nous avons cités, sa

(1) D. 06.2.83. Un jugement plus récent encore du trib. civ. d'Aurillac a continué cette jurisprudence : il a refusé de considérer comme vente dans une foire la vente d'un cheval qui avait déjà été convenue entre les parties, lorsque ce cheval a été simplement amené sur le lieu de la foire, alors surtout qu'aucun autre animal de ce genre ne s'y trouvait ; mais il maintient la thèse générale que les affaires qui se traitent dans les foires ne comportent pas la rédaction d'un écrit et par suite échappent à l'article 1348.

cause est essentiellement variable : la parenté, la domesticité, ou un usage constant.

A cette dernière cause on peut rattacher d'autres espèces, que nous nous bornons à citer rapidement ; ainsi il est d'usage que l'avoué ne réclame au tribunal aucun récépissé pour les dossiers qu'il remet sur son bureau : cette pratique concourt avec la dépendance dans laquelle se trouve cet officier ministériel à faire considérer qu'il est dans l'impossibilité morale de se faire délivrer une note écrite constatant la remise (1); — jugé qu'il en est de même du fonctionnaire qui a remis au greffier une pièce utile à sa prestation de serment, lorsque ce greffier a pris comme règle invariable de ne délivrer aux déposants aucun récépissé (2). — Dans les deux cas la preuve pourra se faire par témoins.

Il est d'autres espèces qui ne peuvent guère se rattacher à des considérations de ce genre, lesquelles sont susceptibles de se reproduire dans beaucoup de circonstances : les tribunaux se déterminent d'après les faits du litige : nous ne pouvons rentrer dans une longue énumération. Nous en citerons seulement pour exemple:

Un fermier, en retard pour le paiement de ses redevances au propriétaire, résilie le bail et abandonne à celui-ci la récolte, par lui semée, afin de le payer de ses fermages en retard. Préalablement, il avait acheté des engrais dont il devait encore le prix au fournisseur. Des experts sont nommés avec mission d'évaluer la sortie du bail. Au moment de l'évaluation, le propriétaire semble dire qu'il prend à sa charge la dette d'engrais. Plus tard il nie avoir jamais eu cette intention, ni pris cet engagement. La Cour a admis le marchand d'en-

(1) Tr. civ. Lyon, du 6 juillet 1900. D. 1900.2.408.
(2) Req. 25 juin 1877. S. 78.1.118. — D. 78.1.27. — S. 93.1.281.

grais à rapporter par témoins la preuve de l'obligation contractée par le propriétaire; considérant qu'il lui avait été impossible de s'en procurer une preuve écrite lorsque le bailleur, propriétaire de la terre, s'était ainsi engagé devant les experts qui évaluaient la sortie du bail.

Ces exemples, qu'il n'est pas utile de multiplier, montrent qu'on ne saurait rattacher l'impossibilité morale à un critérium quelconque. La jurisprudence décide en fait, en appréciant chaque fois les éléments de la cause; c'est ainsi qu'elle arrive, dans les cas où l'équité la pousse à s'affranchir des rigueurs de la loi, à en étendre sensiblement la portée : par là son action peut prendre une grande étendue : il suffira que le juge soit convaincu de la fausseté de certaines situations pour qu'il y voie une impossibilité morale.

Cependant Laurent a soutenu que la question de savoir si le demandeur se trouvait dans l'impossibilité de se procurer un écrit était une question de droit : le rôle de la Cour de cassation aurait alors été, acceptant les faits dans la description donnée par l'arrêt attaqué, de voir s'ils étaient de nature à constituer cette impossibilité (1). Nous ne saurions entrer dans la critique de cette opinion, qu'il est maintenant superflu d'approfondir. Il résulte en effet des différentes espèces que nous avons étudiées qu'il est impossible à la Cour suprême de poser à l'avance des règles générales qui permettraient de dire quelles conditions doivent remplir les faits litigieux pour constituer une impossibilité. — Cette opinion est d'ailleurs entièrement condamnée par la Cour de cassation elle-même : à différentes reprises, sur pourvois dont elle a été saisie, elle s'est bornée à

(1) Laurent, *op. cit.*. t. XIX, nº 577.

dire : « Attendu que l'arrêt attaqué *déclare en fait* qu'il n'a pas été possible... de se procurer une preuve écrite... » (1). La loi n'indique nulle part quels caractères doit revêtir cette impossibilité : c'est donc qu'elle a voulu s'en remettre aux lumières du juge. Son arbitraire peut faire craindre qu'il se laisse parfois aller à des abus dans la pensée de faire échec à la terrible disposition de l'article 1341. Mais on ne conçoit pas qu'il puisse ainsi aller trop loin dans la seule pensée de faire échec à la loi. Lorsqu'il est poussé à en élargir le sens, c'est presque toujours parce que le texte se trouve trop étroit pour contenir une solution plus équitable. L'évolution du droit est là pour en témoigner.

D'ailleurs il n'est pas libre d'agir trop à sa guise : il faut toujours que sa décision soit motivée.

Il y aurait peut-être lieu maintenant de se demander si l'action de la jurisprudence que nous venons d'examiner a été poussée trop loin, ou au contraire pas assez : nous avons dit qu'elle avait été ici plus aisée que lorsqu'il s'était agi d'étendre la notion du commencement de preuve par écrit; cet effet est dû à la formule vague de l'article 1348 : mais cette imprécision est telle qu'il serait possible, croyons-nous, d'aller un peu plus loin. La loi parle seulement d'impossibilité, et du moment qu'elle peut être relative, les relations de parenté pourraient, par elles seules, pourvu seulement que les parents vivent en bons termes, la constituer : ce n'est là qu'un exemple. On objectera que nous transformons ainsi la notion de la loi en une simple commodité. Mais rien ne dit dans le texte à quel point il faut s'arrêter;

(1) Cass. Req., 15 juin 1892. S. 93.1.282 et la note de Labbé. — Plus anciennement : 18 mai 1841. D. Rép. Alph. V° Oblig., n° 4877.5.

et puisque la relativité est admise, il faut tenir compte du caractère des gens, apprécier pour chaque individu, de telle sorte qu'il peut fort bien y avoir une véritable impossibilité pour certains, là où pour d'autres il n'y aura aucun obstacle.

CHAPITRE VI

DE LA DISTINCTION DES FAITS JURIDIQUES ET DES FAITS PURS ET SIMPLES

I. L'art. 1341 ne s'applique pas aux faits purs et simples, mais il n'est pas toujours commode de les distinguer des faits juridiques. — 2. La jurisprudence a étendu la notion du fait matériel, pour favoriser la preuve testimoniale, à quelques hypothèses douteuses.

I. Le mandat. — 3. Le mandat est un fait juridique qui se prouve par écrit. — 4. Mais le mandat tacite peut se prouver par les circonstances d'où il résulte. — 5. Les notaires font nombreux actes sans en recevoir un mandat bien net : la jurisprudence cependant exige un commencement de preuve par écrit pour admettre la preuve par témoins, seulement elle se montre facile pour trouver ce commencement de preuve. — 6. De plus elle admet la preuve indirecte du mandat par son exécution matérielle. — 7. Ses nombreux arrêts montrent qu'elle se décide en fait.

II. La fourniture d'aliments. — 8. Elle résulte d'un contrat. — 9. Cependant la jurisprudence la plus récente en permet la preuve par témoins en la considérant comme des faits matériels d'où résulte un quasi-contrat. — 10. Elle devrait faire mieux ressortir le fait matériel.

III. Les travaux de construction. — 9. Ici encore la jurisprudence en admet la preuve par témoins en partant de l'idée de quasi-contrat.

IV. La possession. — 10. C'est un fait matériel — 11. qui fait bénéficier de la preuve testimoniale, admissible pour lui, les éléments juridiques qui le touchent de près. — 12. Ainsi quand un bail est l'accessoire de la possession, en prouvant celle-ci par témoins, on établit indirectement le contrat qui se lie à elle. — 13. Ce raisonnement jurisprudentiel est une création de toutes pièces destiné à étendre la preuve par témoins. — 14. Ces exemples montrent un nouvel aspect du procédé par lequel la jurisprudence remanie la preuve du Code civil.

Nous avons vu que la nécessité de passer acte au-dessus de 150 francs ne s'applique pas indistinctement à tous les faits dont il faudra apporter la preuve devant les tribunaux. Elle ne concerne que les actes juridiques

et non les faits matériels (1). Ceux-ci peuvent se prouver par témoins (2).

Ces deux sortes de faits sont théoriquement faciles à distinguer : les faits juridiques sont ceux qui entraînent dès leur naissance certains rapports de droit; ce sont « les faits de l'homme qui, de leur nature, ont pour résultat immédiat et nécessaire, soit de créer ou de transférer, soit de confirmer ou de reconnaître, soit de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits » (3). Au contraire, les faits matériels sont « les faits de l'homme qui de leur nature ne présentent que des résultats matériels et qui n'engendrent des droits et des obligations qu'autant qu'ils se rattachent accidentellement à certains rapports juridiques et en raison seulement de ces rapports » (4). On ne peut pas songer à rapporter d'eux une preuve écrite, à moins que la loi ne le dise formellement (5).

D'une façon générale en pratique, cette distinction s'établit aisément : ainsi, tout le monde admet, comme purs et simples susceptibles d'être prouvés par témoins, des faits tels que l'indigence, la démence et l'ivresse de celui qui contracte une obligation, la mauvaise foi du possesseur, les allégations d'une demande en séparation de corps, le concubinage, etc... A l'inverse, les contrats sont, par excellence, des actes juridiques. — Dans toutes ces hypothèses, la preuve à fournir apparaît avec une évidente clarté.

Mais il n'en est pas toujours ainsi : il est des faits qui

(1) Voir supra IIme partie, chapitre I.

(2) Riom, 4 avril 1890. D. 91.2.165.

(3) Aubry et Rau, t. VIII, § 762, texte et note 4, p. 300, 30[1]

(4) Aubry et Rau, eodem.

(5) Il en est ainsi pour les naissances et les décès dont la loi exige la constatation par écrit bien qu'ils soient des événements purs et simples.

présentent un caractère mal défini, pouvant, selon la manière de les considérer, être rangés dans l'une ou l'autre des deux catégories. De plus, certains faits qui peuvent facilement être identifiés quand on les considère isolément, revêtent une physionomie plus nuageuse quand, sans présenter un rapport nécessaire avec un autre élément juridique, il est tout de même difficile de les en séparer. Leur nature mixte est susceptible de faire varier la preuve qu'il faut leur appliquer.

Comment leur appliquera-t-on les principes que nous avons posés ? On répond généralement qu'il faut considérer divisément les deux éléments dont ces faits mixtes se composent : l'élément juridique et celui matériel; et à chacun d'eux il ne restera qu'à appliquer la règle qui le concerne : ainsi, quand la violation d'un contrat donne lieu à des dommages et intérêts, l'existence du contrat se prouve conformément à l'art. 1341, tandis que la preuve par témoins sert à établir le fait même de la faute (1). On pourrait citer d'autres exemples.

Mais il n'est pas toujours commode de séparer les deux éléments d'un même fait; la limite qui les sépare peut être franchie au bénéfice de l'un d'eux, ce qui permet de ranger dans une catégorie des actes qui pourraient aussi bien faire partie de l'autre. On arrive ainsi à prouver par témoins, là où la plus grande rigueur du droit civil devrait s'appliquer: il y avait un nouveau champ d'application tout trouvé pour la preuve testimoniale .

Il semble que, pour élargir le système des preuves, la jurisprudence ait attaqué les principes du Code à un double point de vue : lorsqu'elle se trouve en présence de faits matériels, elle tend à en élargir la notion. D'un

(1) J G. S. V° Oblig., n° 4672.

autre côté, quand elle rencontre des conventions, elle tend, par des subterfuges, à en faciliter la preuve; et, tout en respectant, quand elle ne peut faire autrement, les prescriptions de la loi, elle s'efforce d'accorder une plus grande importance aux faits matériels : la preuve par témoins devient plus fréquente. Dans les deux cas, le résultat est le même : l'usage de la preuve écrite doit diminuer : on agrandit le fait pur et simple; par suite et en même temps, on restreint le fait juridique.

Nous allons essayer de dégager quelques-unes des manifestations de cette tendance : nous devons dire qu'elles ne sont pas toujours d'une netteté parfaite.

I. — Mandat

Le mandat est, comme toutes les conventions, un fait juridique qui doit normalement être prouvé par écrit au-dessus de 150 francs. Mais il soulève une contestation : il peut être exprès ou tacite.

Lorsqu'il est exprès, il n'y a aucune raison qui permette de le soustraire à la prohibition : écrit ou verbal, il obéit aux mêmes modes de preuve.

Mais la doctrine et la jurisprudence admettent qu'il peut être seulement tacite : le concours des volontés n'est point formellement exprimé, mais il résulte d'un ensemble de faits et de circonstances qui le laissent supposer. Doit-on permettre d'en faire indirectement la preuve en établissant, par des témoignages, les circonstances d'où il résulte, ou bien doit-on, au contraire, s'en tenir à son caractère contractuel pour en exiger une preuve écrite ?

La question s'est posée devant les tribunaux surtout à l'égard des notaires. Voici comment : le rôle légal de

ces officiers ministériels consiste à dresser des actes authentiques. La loi ne leur donne rien plus à faire. Mais le notaire trouve naturellement un plus large champ à son activité: il est au courant des affaires juridiques; et comme il en connaît le maniement, il peut s'acquitter mieux qu'un simple particulier de veiller aux intérêts pécuniaires, que d'autres géreraient mal. Les gens viennent lui demander conseil, et souvent s'en remettent complètement à lui du soin de leur patrimoine. — A considérer au pied de la lettre les obligations que la loi lui impose, il n'est pas obligé, par exemple, d'opérer la transcription d'un contrat de vente, ni de prendre une inscription à suite d'un prêt, ou un renouvellement d'hypothèque, ni encore de requérir une main-levée ou une radiation, etc. Il faut qu'il ait reçu de son client mandat de le faire; et ce mandat devrait être, en théorie, soigneusement donné (1). — Seulement, la pratique se départit d'une telle logique; il est conforme à la nature humaine de se débarrasser des soucis qui l'inquiètent, et de les transmettre, toutes les fois que cela est possible, à une personne de confiance qui les supportera pour elle. Aussi les parties laissent-elles à leur notaire le soin de veiller à la conservation de leurs droits: elles le font avec d'autant plus de facilité que ces mesures conservatoires à prendre seraient pour elles de gros tracas,

(1) Les notaires ne sont pas obligés d'accomplir les diverses formalités qui doivent faire produire à l'acte, qu'ils ont mission de recevoir, toute son efficacité. Cette opinion est universellement admise en doctrine. La jurisprudence a hésité un peu à l'admettre d'une façon absolue; on trouve quelques arrêts qui formulent cette proposition que le notaire doit « veiller à l'accomplissement des conditions nécessaires pour conserver les droits des parties ». Cour de Paris, 13 juin 1854. D. 55.2.252. Mais encore disent-ils qu'il avait reçu mandat de s'en acquitter, en sorte que la théorie du mandat légal n'y est pas bien exprimée. D'ailleurs la Cour de cassation n'a pas admis cette manière de voir, et aujourd'hui cette théorie du mandat légal n'est plus admise par personne.

tandis qu'elles sont la conséquence normale des attributions de l'officier ministériel. Ainsi, la confiance que les gens placent en lui le conduit à élargir le cercle de ses occupations purement professionnelles; souvent encore son initiative personnelle l'y pousse en même temps (1).

Lorsque tout se passe bien, la chose est sans intérêt à notre point de vue : en vertu d'un accord tacite parfait, le notaire s'occupe de tout ce qui doit mettre à l'abri des éventualités les droits et intérêts de son client. Mais au jour où il aura commis une faute, il devra la réparer. Il faudra, à ce moment, faire la preuve du mandat : comment l'administrera-t-on ?

Dans une première opinion, on soutient que la loi, n'ayant pas posé de règles spéciales pour le mandat tacite, il faut en revenir au droit commun. D'ailleurs, si on autorisait la preuve par témoins, cela permettrait d'éluder trop simplement l'art. 1341 du C. civ. Le texte est formel : en l'absence d'une disposition législative qui le permette, on ne peut pas y déroger .

D'un autre côté on fait la réponse suivante : lorsqu'on se trouve en présence d'un mandat tacite, la preuve à faire n'est pas celle du contrat, elle ne porte pas sur l'accord de volontés qui forme l'élément juridique, mais simplement sur les faits purs et simples d'où le juge pourra l'induire. C'est seulement de ces événements matériels qu'il faut démontrer l'existence. Et il faut qu'il en soit ainsi à peine de rayer du même coup toute la théorie du mandat tacite : où et comment se procurer la preuve littérale d'un contrat qui n'a laissé aucune trace écrite ni verbale ? c'est s'acculer à une impossibilité. Il faut bien distinguer deux choses : le fait lui-

(1) Emile Bauby. De la responsabilité des notaires, p. 285.

même qu'il s'agit d'établir et les déductions ou inductions que l'on pourra en tirer. « En résumé, la preuve dépend de la nature du fait à prouver, et non pas de la nature des conventions qui découleront de ce fait. Une preuve recevable, eu égard à la nature du fait à prouver, ne doit pas être repoussée à raison de la gravité des inductions que l'on pourra tirer de ce fait. » (1)

La jurisprudence est d'abord restée longtemps divisée sur la question : on peut trouver des décisions nombreuses dans les deux sens. Mais un arrêt de la Cour de cassation est venu décider que la preuve du mandat tacite devait être la même que celle du mandat exprès : à défaut d'écrit, les parties devront apporter un commencement de preuve par écrit (2). Depuis lors, les arrêts et jugements ont tranché dans le même sens.

Il semblait qu'il allait en résulter une rigueur extraordinaire : mais il y avait une compensation. D'une part, la Cour de cassation et la jurisprudence qu'elle a entraînée ont cru qu'il était impossible de heurter de front un texte aussi impératif que l'article 1341 : elles ont eu peur de violer ouvertement la loi. Seulement, la preuve devait quand même se trouver facilitée par la large compréhension du commencement de preuve par écrit. Les relations du notaire avec ses clients laissent toujours une trace dans l'étude. Elles comprennent en effet des affaires mûries et réfléchies d'avance, faisant l'objet de visites et de pourparlers, de combinaisons et de calculs qui ne disparaissent pas en entier. On trouvera dans tous les cas quelque chose qu'on pourra utiliser. Ce sera par exemple une correspondance, même si elle est peu explicite; les lettres échangées entre le

(1) Labbé, note sous Cass., 29 déc. 1875. Sirey. 76.1.401.
(2) Eod. Cass.

notaire et le client sont fréquentes : elles sont de nature à satisfaire pleinement l'article 1347 (1). On pourra encore utiliser certaines énonciations de l'acte, en particulier la clause par laquelle le client fait élection de domicile en l'étude du notaire, lorsque cette clause sera assez formelle et se combinant avec d'autres circonstances sera de nature à faire ressortir la vraisemblance du mandat (2), ou celle qui porte obligation de payer en l'étude du notaire (3), etc... Le commencement de preuve par écrit peut encore résulter de la comparution des parties devant le tribunal, alors même que le notaire, tout en reconnaissant certains faits, en a méconnu d'autres.

En définitive, il est presque toujours possible d'admettre la preuve par témoins, en la basant sur un commencement de preuve par écrit.

D'un autre côté, la démonstration du mandat est encore facilitée par l'article 1985, al. 2 : d'après ce texte, « l'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire ». Dès lors, dans les cas où les agissements du notaire peuvent s'interpréter comme des actes d'exécution, le mandat se trouve établi par là même, et sans besoin de plus; on se passe d'un commencement de preuve. Et la facilité s'accroît de ce fait que, les actes d'exécution n'étant pas toujours faciles à déterminer, on peut en étendre la notion avec assez d'aisance; car il n'est pas commode de voir quels sont les actes qui peuvent être sûrement reconnus comme des actes d'exécution, et qui impliquent chez le notaire l'acceptation du mandat.

Sans doute on peut, en théorie, proposer un critérium

(1) Alger, 7 avril 1884. D. 85.2.189.
(2) Bauby, *op. cit.*, p. 426, note 1.
(3) Metz, 23 février 1864. D. 64.2.220.

assez exact, qui consisterait à ne reconnaître ce caractère qu'aux « faits absolument corrélatifs, si bien qu'on ne les puisse comprendre et qu'ils n'aient de raison d'être que comme exécution du mandat » (1). Ainsi, le notaire qui a été chargé d'effectuer un placement hypothécaire est considéré comme ayant exécuté le mandat par lui de le faire, lorsqu'il a traité seul à seul avec l'emprunteur, déterminant avec lui les conditions et les garanties de l'emprunt, sans le mettre directement en relations avec le créancier pour le compte duquel il opère (2).

Mais, dans d'autres cas, il n'en est pas ainsi : et les tribunaux peuvent se montrer coulants dans la manière d'entendre les faits d'exécution. Il a été par exemple jugé que le fait de déposer des fonds chez un notaire constituait l'acceptation tacite par celui-ci du mandat consistant à effectuer un placement hypothécaire qu'il a ensuite réalisé. De même quand le notaire a accompli une formalité autre que celle qui était nécessaire, il a fait un acte d'exécution : car il ne se serait pas dérangé, s'il n'avait eu l'intention tacite d'accepter le mandat (3). On a pu voir encore la preuve de ce contrat tacite dans des actes bien imprécis : un notaire va visiter la propriété sur laquelle doit être prise une hypothèque : il indique par là qu'il a accepté de prendre cette sûreté.

Les exemples abondent, montrant que les tribunaux peuvent prendre où ils veulent la preuve qu'ils recherchent. Des arrêts sont même allés jusqu'à la trouver

(1) P. Pont. Revue du notariat, nº 462, IV, p. 162,163. — Cf. Petits contrats I, nº 877, p. 447.

(2) Bordeaux, 12 février 1890. D. 91.2.47.

(3) Montpellier, 30 juin 90. D. 91.2.181 et note 1 à 4.

dans le fait que le demandeur était le client habitué de l'étude (1) ou qu'il était illettré et inexpérimenté (2).

Pour voir la variété des décisions, il suffit de parcourir les répertoires de jurisprudence ou les recueils d'arrêts : il est assez délicat de vouloir en tirer des règles générales. Les tribunaux donnent souvent des solutions contradictoires sur certains points. Et il faudrait une étude spéciale et complète de la question pour apporter des conclusions plus formelles.

De l'examen de cette abondante jurisprudence il ne ressort assez facilement qu'une chose, à savoir que la justice se montre sévère dans l'appréciation de la responsabilité des notaires : il est au moins le conseiller ordinaire de bien des gens, et souvent plus que cela : il est le guide auquel on se remet; spécialement dans les villages où il n'y a pas un autre homme de droit. La plupart lui laissent toute liberté pour prendre les mesures conservatoires, persuadés qu'elle rentre dans le caractère de sa fonction.

Les tribunaux se trouvent alors devant des personnes de bonne foi qui ont eu confiance dans le notaire et qui ne lui ont pas donné un mandat détaillé et formel parce qu'elles ont cru son rôle plus étendu. Il y a eu mandat tacite. Il faudrait en rapporter une preuve écrite. Mais ce serait la rendre trop difficile; aussi les cours de justice apprécient-elles très largement la valeur probatoire des circonstances de la cause : un simple fait, non décisif par lui-même, revêt à leurs yeux une force particulière parce qu'il dévoile tout un état de choses.

Cependant cette jurisprudence offre un grave danger qui vient de son excès même : à force de vouloir proté-

(1) Toulouse, 8 février 1861. D. 61.2.110.

(2) Montpellier, 30 juin 1890. D. 91.2.181 précité. V. égal. Cass. 2 août 1875. D. 76.1.260 et Bourges, 22 août 1877. D. 8.2.163. 7

ger les parties, ne va-t-elle pas se montrer trop sévère à l'encontre de l'officier ministériel ? La probité des notaires est chose connue, généralement ils prennent à cœur les intérêts de leurs clients : placés dans le secret des affaires de famille, ils y reçoivent des confidences qui les portent à comprendre plus largement leur devoir : ils veulent faire tout leur possible pour leurs clients et souvent dépassent les limites de leurs pouvoirs. — Le sentiment de leur responsabilité peut également les pousser, par un excès de zèle, à prendre trop de précautions.

Et voilà que cette généreuse activité va se retourner contre eux ! pour leurs clients sans instruction, ou malhabiles en affaires, ils ont de leur mouvement propre accompli des actes et des formalités dont personne ne les avait chargés : leur initiative les fait considérer comme des mandataires. — Egalement le retard qu'ils ont mis à prendre une mesure conservatoire ne prouve pas qu'ils en aient reçu mandat en temps voulu : cependant les tribunaux y voient un acte d'exécution et condamnent le notaire. — Il n'y a là que quelques exemples.

Mais à tout prendre, cette jurisprudence vaut mieux que celle qui se montrerait trop exigeante dans la production des preuves : si l'on s'en tenait à la lettre du Code civil, cette preuve serait presque toujours impossible à faire. Ce serait un danger plus grand qu'il vaut mieux éviter.

En tous cas, de cet examen, forcément superficiel, se dégage pour nous la tendance que nous cherchions à faire ressortir : celle qui pousse les juges à sortir de la preuve légale. Leur conviction est déterminée par une foule de circonstances : la tournure des débats, la conduite des parties, des détails que la loi tient pour insi-

gnifiants, etc..., en un mot toute la psychologie du procès, qui ne sort pas de l'audience. Et quand la persuasion est entrée dans le cœur du juge, elle ne tarde pas à trouver une base légale.

Peut-être même y a-t-il là l'explication des contradictions que semblent présenter les décisions nombreuses qui concernent le mandat tacite des notaires : les tribunaux se décident en fait, et selon que ce mandat leur apparaît ou non comme certain, ils le déclarent prouvé ou non prouvé : un arrêt récent de la Cour d'Orléans, rendu le 1er mars 1907, base le mandat du notaire sur une lettre de celui-ci, qui écrivait à ses clients : « je vous représenterai ». Puis il en a trouvé les limites dans les faits de la cause, et considéré que la représentation du notaire ne comportait pas une radiation d'inscription par cette raison que celui-ci ne pouvait pas l'accomplir (1). L'étendue des pouvoirs confiés à l'officier ministériel se détermine donc d'après les faits et circonstances de la cause.

II. — Fourniture d'aliments

Lorsqu'une personne en a pris une autre chez elle, qu'elle l'a nourrie et logée, elle est devenue créancière de la valeur des fournitures par elle livrées : et elle peut la réclamer à son obligée. Mais si celle-ci conteste l'obligation comment l'autre pourra-t-elle établir la réalité de son droit ? prouvera-t-elle par témoins la livraison des fournitures, ou bien devra-t-elle démontrer la convention par le moyen d'un écrit ?

Il faut savoir quelle est la nature de la fourniture d'aliments : une addition de faits matériels ou un véritable

(1) Orléans, 1er mars 1907. Sirey, 1907.2.139.

acte juridique, et comment elle est considérée par les tribunaux.

Etablissons d'abord l'analyse juridique de la contestation :

On sait comment les choses se passent ordinairement : une personne reçoit un tiers et convient de le nourrir : ce rapprochement de deux individus à la suite duquel l'un va effectuer une prestation à l'autre ne peut dériver que d'un concours de volontés : il forme donc un contrat. Le caractère de ce contrat est variable : tantôt c'est une véritable libéralité : pour un motif quelconque (parenté, amitié, reconnaissance), celui qui héberge autrui veut se montrer généreux à son égard et ne recevra aucune prestation en échange de celle qu'il accomplit; tantôt, au contraire, et c'est le cas général, il s'agit d'un contrat à titre onéreux : les aliments ne sont fournis que moyennant un paiement que celui qui les reçoit effectue de suite ou promet d'effectuer plus tard.

Dans les deux cas, le caractère contractuel est nettement apparent. Et dès lors qu'il y a un contrat, la preuve testimoniale ne peut être administrée que dans les termes du droit commun.

Cette solution ne saurait être douteuse : le fait matériel est celui qui est destiné à rester isolé, qui ne se rattachera qu'accidentellement à un rapport de droit qui n'avait pas prévu ce rapport. Or, la fourniture d'aliments est d'une façon intime et directement liée à une convention, puisque c'est celle-ci qui lui a donné naissance. On ne peut pas dire qu'elle n'ait avec elle qu'une simple relation fortuite, dérivant du hasard. Elle est donc bien un fait juridique, et devrait en conséquence être prouvée par écrit au-dessus de 150 francs.

Cependant la jurisprudence a su raisonner de façon à ne faire apparaître la physionomie juridique de la

fourniture d'aliments que d'une façon pour ainsi dire forcée, comme n'en étant pas la vraie face, celle qu'il faille considérer.

Elle s'est placée devant les faits matériels de fournitures et n'a considéré qu'eux, dédaignant l'attache qui les unissait à un élément juridique : l'obligation ne pouvait alors dériver que d'un quasi-contrat, qu'il était possible d'établir par témoins.

Cette jurisprudence est fort ancienne : déjà la Cour de cassation, par un arrêt du 3 prairial an IX, avait jugé que « la preuve par témoins à laquelle la femme Limeyrat a été admise, ne portait pas sur une convention, mais uniquement sur une fourniture d'aliments qui est un fait duquel dérive un quasi-contrat qui renferme l'obligation de payer le prix des aliments; que la preuve par témoins a donc pu être admise dans l'espèce, sans contravention à l'article 2, titre 20, de l'ordonnance de 1667 ».

Toutes les décisions qui ont été rendues sur une question identique n'ont pas tranché dans le même sens : ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 4 avril 1837 et un arrêt de la Cour de Bordeaux du 24 août 1864, exigent que l'on produise une preuve écrite, ou tout au moins un commencement de preuve par écrit (1).

Mais ces décisions, déjà un peu vieilles, n'ont pas imposé leur manière de voir à celles qui ont suivi : dans une contestation beaucoup plus récente, un jugement du Tribunal civil de Lombez, rendu le 5 août 1891, a bien développé la théorie du quasi-contrat : après avoir établi le fait des fournitures dont on réclamait le paiement, il dit : « Attendu que ces prestations et ces services peuvent être gratuits ou salariés, et que, par suite,

(1) J. G. V° Oblig., n° 4660 et eod. S. V° Preuve n° 18 et note 2.

le fait juridique est indépendant du fait matériel ». Ainsi, dès le début, il pose la distinction entre les deux éléments que peut comprendre la fourniture d'aliments : d'un côté un rapport de droit qui est variable dans chaque cas; d'un autre côté le fait matériel qui est toujours le même : celui-ci se trouve alors dégagé de l'ensemble de la contestation, et quand le tribunal se trouve en face de lui seul, il peut facilement l'expliquer, en recourant à l'idée de quasi-contrat : « la preuve par témoins peut être autorisée pour constater des faits matériels dont l'exécution pourrait, indépendamment d'un engagement positif, donner naissance à un droit à indemnité »; or, « le fait de pourvoir à l'entretien d'une personne pendant dix ans est de nature, et en dehors de toute convention, à obliger celui qui a été ainsi entretenu à tenir compte de la valeur de cet entretien à celui qui l'a fourni ». Par ces motifs, le tribunal admet le demandeur à faire la preuve tant par titres que par témoins (1).

La thèse sur laquelle il s'appuye mériterait cependant d'être mieux précisée : dans un de ses attendus, il rattache l'obligation litigieuse à un quasi-contrat, mais il aurait dû préciser davantage cette notion : on ne pouvait guère songer ici qu'à une gestion d'affaires, et encore ne cadrerait-elle qu'assez mal avec l'hypothèse du procès : il en manque en effet dans l'espèce le caractère essentiel : l'ignorance du maître : la gestion d'affaires consiste à gérer l'affaire d'autrui à son insu et sans son approbation : et du moment qu'il connaît les services rendus il ne peut plus en être question. Or ici non seulement celui qui a bénéficié de ces services les connaît en fait, mais il ne peut pas les ignorer, puisqu'il s'agit de services qu'il a personnellement reçus, en sa propre

(1) D. 93.2.491.

personne; et ces services, il les a connus au moment même où ils lui ont été rendus; il n'y a donc jamais eu rien qui ressemble à une gestion d'affaires.

Nous croyons que le tribunal aurait mieux fait de dégager davantage l'idée de fait pur et simple : c'est au fond celle sur laquelle il s'est basé, mais il a eu tort de faire intervenir la pensée d'un quasi-contrat. On se rend compte, à la lecture du jugement, que ce sont toujours les faits matériels qu'il a eu en vue, et dont il a voulu autoriser la preuve par témoins, mais on est étonné qu'il ait parlé d'un quasi-contrat dont on ne trouve pas de traces dans le procès.

III. — Travaux de construction

Les travaux de construction soulèvent une contestation analogue à celle que nous venons d'examiner pour la fourniture d'aliments.

Ici encore il ne sera pas toujours commode de distinguer s'ils constituent de simples faits matériels, ou l'exécution d'une convention. Et pareillement à ce que nous avons déjà vu, la jurisprudence nous paraît avoir confondu, plus gravement encore peut-être, les principes du Code civil, en recourant à l'idée de quasi-contrat, qui n'aurait pas dû être envisagée (1).

Elle a considéré que, quand un entrepreneur ou des ouvriers ont effectué des travaux dans la maison d'un propriétaire qui ignorait la chose, ils ont fait l'affaire

(1) Dans un arrêt du 14 juillet 1875 (D. 78.2.60), la Cour de Paris s'est montrée rigoureuse pour la preuve des faits de construction ; la somme réclamée étant supérieure à 150 francs, elle a exigé une preuve écrite. Mais il est probable que cette décision n'est pas destinée à en entraîner d'autres dans le même sens. Nous allons voir que la même question qu'elle a tranchée a été postérieurement entendue d'une façon plus large.

de celui-ci et doivent être fondés à lui demander le remboursement de leurs dépenses.

Et les améliorations qu'ils ont réalisées ne peuvent pas tellement se considérer comme des faits matériels que comme un quasi-contrat de gestion d'affaires.

Dans les deux situations, le résultat peut être le même : la preuve par témoins est admissible; dans le premier cas parce que l'article 1341 se limite aux faits juridiques,; dans le second parce que l'article 1348 en excepte formellement les obligations qui dérivent d'un quasi-contrat.

Il aurait donc mieux convenu de se livrer à une analyse plus pénétrante, et par conséquent plus juste. C'est ce que n'a pas fait la jurisprudence. Elle a confondu les deux raisons qu'elle pouvait avoir de se décider : le quasi-contrat et le fait matériel.

Si elle avait approfondi chacune de ces deux idées, elle s'en serait très probablement tenue à la dernière d'une façon exclusive, abandonnant celle du quasi-contrat de gestion d'affaires.

Si nous nous rappelons en effet ce que nous savons de l'article 1348, dans son deuxième alinéa, il excepte de la règle prohibitive de l'article 1341 les obligations nées d'un quasi-contrat; mais il décide ainsi par application du principe général qu'il vient de poser dans son premier alinéa, et qui est relatif à l'impossibilité de se procurer un écrit. Il faut donc rechercher, avant d'autoriser la preuve par témoins d'un quasi-contrat, si cette impossibilité existe en fait. — Or, dans les espèces que nous connaissons, les tribunaux ou Cours d'appel n'ont pas pris la peine de faire cette recherche. Ainsi, dans une instance où un charpentier réclamait le paiement d'une somme de 4.850 fr. 80 pour prix de travaux qu'il avait exécutés au profit des défendeurs, la Cour de cas-

sation, statuant comme la Cour de Poitiers, déclare, sur la demande en preuve, que l'article 1341 « n'est pas applicable aux obligations qui naissent de quasi-contrats ». Il semble donc qu'elle voit dans l'espèce une gestion d'affaires dont elle considère la preuve littérale impossible : elle aurait dû exiger que la Cour de Poitiers ait donné des raisons particulières de cette impossibilité. — D'un autre côté (et c'est probablement ici qu'elle a vu l'impossibilité de se procurer un écrit), elle a déclaré qu'elle se trouvait en présence de faits matériels qui avaient engendré, à la charge de leurs bénéficiaires, l'obligation de payer l'enrichissement qu'ils en avaient retiré (1). Elle invoque là un autre motif de se soustraire aux prescriptions de l'article 1341.

C'est, à notre avis, le sens qu'elle aurait dû faire ressortir, car il se suffit à lui-même : l'article 1341 ne visant nullement les faits purs et simples, il était facile de l'écarter d'emblée, du moment qu'on tient les faits de construction comme tels.

Si l'on recourt, au contraire, à la notion du quasi-contrat, on n'échappe pas aussi facilement à la nécessité d'apporter une preuve écrite : nous venons de rappeler qu'il faut établir l'impossibilité matérielle et morale de s'en procurer une, puisque l'alinéa 2 de l'article 1348 s'explique par l'inspiration de l'alinéa 1er. — On voit maintenant le point délicat et difficultueux : à

(1) Cass. Ch. Req. 2 mars 1881. D. 81.1.410 : « Attendu que l'arrêt déclare qu'il n'a autorisé la preuve par témoins, qui était offerte, que pour constater des faits matériels dont l'exécution pouvait, indépendamment d'un engagement positif, donner naissance à un droit à indemnité au profit de celui qui les avait accomplis, et pour justifier l'existence de travaux de construction et réparation sur la propriété d'autrui, qui étaient de nature, en dehors de toute convention, à obliger le propriétaire à tenir compte au constructeur de la valeur des matériaux ou du prix de la main-d'œuvre ; que, dans ces circonstances, cet arrêt n'a point violé l'article de loi susvisé. »

l'égard du maître, dans la gestion d'affaires, cela va sans doute tout seul; du moment qu'il ignore les travaux, il ne peut se ménager une preuve écrite, ni un rudiment d'écrit. Mais le gérant ne se trouve pas dans une aussi fâcheuse posture : sachant à quoi il s'expose, il a toute faculté pour se réserver une preuve solide : celui qui accomplit des travaux pour autrui doit être à même d'en établir l'étendue par écrit. On ne doit donc pas se montrer envers lui aussi indulgent pour la preuve : la règle de l'article 1341 demeure entière contre lui.

En définitive, il aurait donc été plus simple dans l'espèce précitée, et il en serait de même dans toute hypothèse semblable, d'écarter en entier l'article 1348.

Probablement, la jurisprudence a craint qu'il soit un peu trop hardi de considérer les travaux de construction comme purs et simples, c'est-à-dire comme ne se liant qu'accidentellement à un rapport de droit. Il est de leur nature, pareillement à ce que nous avons vu sur la fourniture d'aliments, de produire de suite des effets juridiques, car, ou bien le propriétaire les a ordonnés, et alors il y a une convention qui doit être écrite, ou bien il les ignore, et la preuve doit encore consister dans un acte écrit, à moins que l'entrepreneur n'établisse qu'il lui a été impossible de l'avoir.

Aussi a-t-elle eu recours à une gestion d'affaires, pour justifier ses décisions : mais en réalité ce n'est qu'un accessoire qu'elle prend en tant que précaution. Ce qui la détermine réellement à admettre la preuve par témoins, c'est surtout qu'elle considère que les travaux de construction peuvent être tenus pour des faits purs et simples.

Lorsqu'elle ne les trouve pas entièrement dégagés d'un rapport de droit direct, elle revient à l'arti-

cle 1341 : dans une espèce où les travaux de construction avaient été opérés sur le terrain d'autrui, au vu et su du propriétaire du terrain, la Cour de cassation a jugé qu'il y avait, dans cette situation, une convention portant sur le droit de construire, soumise par conséquent, quant à la preuve, à la règle de l'article 1341 : elle a décidé qu'il appartenait, aux juges du fond, de procéder à une évaluation spéciale de ce droit de construire, pour savoir si la preuve testimoniale pouvait être admise : celle-ci serait permise, si la valeur fixée était inférieure à 150 francs (1). Mais il n'y avait pas à tenir compte de la valeur du terrain sur lequel avait été élevée la construction, puisqu'il s'agissait de savoir si le propriétaire l'avait ou non autorisée : il fallait, en d'autres termes, savoir si une convention était ou non intervenue entre lui et le constructeur. Quant à la preuve de cette convention, elle était soumise à l'article 1341 comme celle de tous les contrats : on ne pouvait, en effet, soutenir qu'il suffisait de prouver les agissements du propriétaire, d'où le juge aurait ensuite tiré les conséquences légitimes, car ces agissements ne constituaient pas des actes matériels : cela est évident, puisqu'ils créaient un lien juridique entre deux personnes.

Ce dernier arrêt ne peut donc pas être considéré comme donnant une interprétation restrictive de l'art. 1341, comme peu favorable à la preuve testimoniale, puisque dans l'espèce qu'il a tranchée, la question de preuve portait sur un contrat, c'est-à-dire sur un fait juridique par excellence

(1) Ch. Civ., 1er avril 1890. D. 91.1.181.

IV. — La Possession

Avec la possession, l'œuvre de la jurisprudence procède d'une tactique un peu différente : dans les hypothèses précédentes, nous avons vu les tribunaux admettre la preuve testimoniale de faits qui pouvaient être considérés comme juridiques : elle s'est arrangée, en les retournant, pour les considérer comme purs et simples.

Ici, elle se trouve en présence d'un fait sur le caractère duquel il n'y a pas de doute : il est matériel et sans conteste possible. Cet élément, les tribunaux vont réussir à l'introduire dans des contestations diverses comme organe principal, et apporter avec lui l'emploi de la preuve testimoniale qui, sans lui, n'aurait pas pu être employée.

Voyons comment ils ont procédé :

La possession, considérée en elle-même, est un simple fait : elle dérive d'une situation qui consiste en une addition continuelle d'états successifs qui ne sont liés les uns aux autres que par la suite du temps. Selon la formule connue, elle est l'extériorité de la propriété, ce qui indique qu'elle est complètement dégagée de tout rapport de droit. Elle est en un mot l'exercice d'un droit, c'est-à-dire la situation matérielle qui en est la manifestation, non ce droit lui-même.

Elle se prouve donc et ne peut se prouver que par témoins. La preuve écrite, appliquée à la possession, ne se comprend pas, car l'acte produit pourrait l'établir à un moment donné, mais pas en dehors de ce moment, pas plus avant qu'après. — Ces témoins seront interrogés et déposeront sur les divers faits qui constituent la main-mise d'une personne sur un bien quelconque, c'est-à-dire la possession : ces faits seront, par exem-

ple, l'habitation d'une maison, ou la culture d'un fonds de terre.

Mais, pour que les choses se passent aussi simplement, il faut n'avoir à prouver que la seule possession (1). La preuve à faire n'apparaît pas avec autant de netteté dans les cas où les faits matériels de la possession se mêlent à un élément juridique. — Il en est un exemple bien connu qui a fait l'objet de décisions jurisprudentielles.

Il s'agit d'une hypothèse spéciale : une personne déclare avoir possédé un bien pendant plus de 30 ans par l'intermédiaire de son fermier. Comment établir cette allégation ? les faits de possession sont susceptibles d'être prouvés par témoins, mais le bail est soumis aux règles ordinaires de la preuve, contenues dans l'article 1341, qui sont encore aggravées par l'article 1715 : quand le bail verbal n'a reçu aucun commencement d'exécution, la preuve testimoniale est prohibée, quelle que soit la valeur du litige, même très modique.

Pour que celui qui se dit possesseur fasse la preuve des faits extérieurs de sa possession, il faut qu'il démontre directement ou indirectement l'existence du bail ; il doit, en effet, prouver qu'il possédait par l'intermédiaire d'une autre personne. Mais, s'il peut faire entendre des témoins qui viendront établir la précarité de celui qui détenait le bien, il arrive indirectement à prouver, par témoins, le contrat de bail lui-même, qui ne doit cependant être prouvé que par un acte écrit.

C'est ce que la jurisprudence lui a permis de faire : seulement, elle n'a pas poussé sa théorie jusqu'à des

(1) Ainsi les immeubles sont, aux termes de l'art. 1402, C. civ., réputés acquêts de communauté à moins de prouver que l'un des époux en avait la possession légale avant le mariage. La possession est alors considérée isolément ; l'époux intéressé pourra la démontrer par des témoins.

limites extrêmes : sans cela, elle aurait trop heurté l'article 1715 qui est formel. Elle n'a pas fait produire, au bail ainsi établi, toutes les conséquences qui en devraient découler, si un écrit pouvait être produit.

Mais la loi subit tout de même une entorse, du moment que la preuve par témoins sert à démontrer l'existence du bail, bien que ce dernier point ne soit qu'accessoire.

Pour arriver à ce but, la jurisprudence a établi une distinction qui ne se trouve nulle part dans la loi, en se fondant sur le raisonnement suivant : Lorsque le bail fait l'objet d'une contestation principale, il ne saurait être prouvé par témoins. Mais lorsque son existence cesse d'être directement visée pour devenir un élément secondaire, il n'en est plus de même. Dans l'espèce que nous signalons, c'était la possession, c'est-à-dire un fait matériel qu'il s'agissait de démontrer : or, pour faire cette démonstration, il fallait établir que le demandeur avait possédé par l'intermédiaire d'un fermier, par conséquent prouver le contrat de location. La Cour de Pau se base sur les dépositions des témoins qui sont venus justifier que les auteurs du possesseur actuel avaient d'abord possédé par eux-mêmes, puis par l'intermédiaire de leur fermier; la preuve du contrat de louage n'a donc servi qu'à déterminer le véritable caractère de la possession : c'est pourquoi elle a pu être faite par témoins (1).

Il est facile de voir que ce raisonnement pèche par la base : le bail est un fait juridique : il ne peut ni directement, ni par des moyens détournés être établi par une enquête. On a beau présenter la question sous une forme différente, il faut toujours en arriver à la

(1) Cour de Pau, 17 nov. 1865. D. 66.2.164 et la note.

preuve d'un contrat, c'est-à-dire d'un élément juridique, qui doit se faire par écrit (1)

Le résultat de cette jurisprudence est de restreindre dans ses plus étroites limites la nécessité d'une preuve littérale : on la réservera aux obligations dues entre preneur et bailleur : elle servira à préciser les conditions de bail, car comme elles peuvent être délicates et variées, la loi n'a pas voulu les faire dépendre d'une preuve trop facile. Mais lorsque le contrat de bail n'est qu'un simple accessoire à une contestation principale qui peut se prouver plus facilement, on soumet l'ensemble de l'affaire à la même manière de preuve.

Cette façon de concevoir les textes et de les interpréter est très caractéristique de la tendance, que nous cherchons à relever dans la jurisprudence, à étendre la preuve testimoniale. Elle procède d'une théorie créée tout exprès pour arriver à la solution désirée : l'article 1715 ne distingue pas selon que l'existence du bail est l'objet principal ou secondaire du litige.

De plus, la façon de présenter les faits n'est pas moins instructive, car, dans l'espèce, les faits de possession étaient reconnus : ce n'était point sur eux par conséquent qu'il y avait doute; mais il fallait savoir s'ils devaient être reliés à l'existence du bail. C'était donc sur celle-ci que reposait tout le débat : c'était elle qui en formait le point capital. Il aurait donc fallu rejeter la preuve testimoniale.

La solution donnée dans cette affaire par la jurisprudence manifeste donc, plus que toute autre, sa tentative hardie à s'affranchir des textes. Elle montre comment tous les moyens sont bons pourvu qu'ils mènent

(1) Des auteurs importants soutiennent cependant la jurisprudence en adoptant sa manière de voir. Bonnier, *op. cit.*, n° 153, 5me éd.

au résultat espéré. Les tribunaux, en interprétant la loi, ajoutent à son esprit; et si cela ne suffit pas, ils envisagent les faits de l'espèce sous un point de vue qui favorise leur décision.

Nous n'avons pas la prétention, à l'aide des quelques exemples que nous avons cités, d'avoir fait une étude complète de la distinction qu'il faut établir entre les faits juridiques et les faits purs et simples. Aussi bien, ce n'est pas notre but. Nous avons voulu seulement montrer comment cette distinction, que l'on peut idéalement concevoir comme non compliquée, donne lieu, en fait, à des appréciations délicates, et comment les tribunaux peuvent l'utiliser à leur dessein. On est souvent embarrassé pour dire dans quelle catégorie il faut ranger tel fait que l'on signale à votre examen.

On ne le serait pas, s'il y avait un critérium infaillible qui permette d'opérer un classement rapide. Mais on ne saurait trouver un instrument assez parfait pour réussir à sérier ainsi les mille variétés des faits. Les hypothèses se meuvent dans un vaste champ dont les combinaisons nous demeurent insaisissables : on passe des unes aux autres sans que la transition apparaisse toujours nettement ; ici, de même qu'en philosophie, la vérité est dans les nuances.

On peut alors facilement se laisser guider par ses préférences; et celles qui poussent la jurisprudence vers une plus large admission de la preuve par témoins, trouvent ici une occasion qui leur est propice.

CHAPITRE VII

PROCÉDURE DE LA PREUVE TESTIMONIALE

1. Nécessité d'étudier la procédure de la preuve testimoniale. — 2. Notre Code de procédure traite : 1° de l'admissibilité des témoins ; 2° de l'enquête ; 3° en s'inspirant du même principe restrictif que le Code civil.

I. Le témoin. — 4. Dans le témoin, il faut considérer d'abord la qualité. — 5. La loi écarte un certain nombre de personnes du droit de témoigner parce qu'elles ne présentent pas les qualités du témoin normal ; mais elle ne les repousse pas toutes avec la même rigueur. — 6. Elle déclare certaines personnes incapables de témoigner. — 7. Elle permet d'en reprocher certaines autres pour cause de parenté, de suspicion, d'indépendance ou d'indignité, oubliant la principale cause de reproche : l'intérêt au procès. — 8. Elle admet le témoin nécessaire. — 9. Enfin dans des cas rares elle autorise certains témoins à se récuser. — 10. Il faut en second lieu regarder la quantité chez les témoins : faut-il en exiger un nombre requis pour faire foi, et leurs déclarations doivent-elles s'imposer au juge?

II. L'enquête. — 11. Son importance. — 12. Esprit restrictif du législateur français. — 13. Brièveté du délai accordé pour commencer l'enquête. — 14. Audition des témoins et procédure des reproches formulés contr'eux. — 15. Inconvénients du caractère secret de l'enquête. — 16. Rigueur excessive des nullités d'enquête. — 17. Procédure exceptionnelle de l'enquête sommaire.

Pour donner une idée complète de la physionomie que revêt la preuve testimoniale dans notre droit français, il nous paraît qu'on ne peut en clore l'étude sans rappeler les notions de procédure qui la touchent de près. Aussi bien, y a-t-il à cela un grand avantage : lorsque bientôt nous nous demanderons si une réforme est nécessaire et quelle en doit être la portée, nous verrons l'ensemble de la matière d'un coup d'œil plus élevé et nous pourrons mieux apprécier l'étendue de la retouche.

De plus, les questions de preuve étant essentiellement pratiques, on ne saurait les traiter sans dire quelques mots des notions de procédure qui se lient à elles. La procédure contribue, en effet, pour une grande part, à la manifestation de la vérité. Selon qu'elle prend plus ou moins bien ses précautions, elle peut ou non éviter des erreurs et amener des précisions utiles. Par contre, elle ne doit pas, à force de prudence, devenir trop gênante, car elle arrêterait le libre jeu des dépositions.

Le Code civil a simplement réglé l'admission de la preuve testimoniale. Le Code de procédure en a assuré le fonctionnement : il a dû faire porter son œuvre sur deux ordres de considérations : il a d'abord indiqué quelles personnes pourraient, au cas où elles y seraient conviées, servir de témoins; — il a ensuite réglé la forme dans laquelle elles seraient entendues.

A vrai dire, le premier de ces deux points se rattache plutôt au fond du droit. Nombre de législations étrangères en parlent d'ailleurs dans leur Code civil : la question de l'admissibilité d'un individu comme témoin n'est évidemment pas une question de formes : or, seuls, les rites extérieurs qui ont trait à la réalisation des droits en justice, devraient entrer dans le domaine de la procédure : c'est le cas de l'audition elle-même des témoins, c'est-à-dire de l'enquête.

Quoi qu'il en soit, dans ces deux ordres de questions que la loi a traitées dans le Code de procédure elle s'est inspirée du même principe restrictif que dans le Code civil. Nous aurons l'occasion de le faire voir au cours de ce chapitre, au fur et à mesure que nous étudierons les dispositions relatives d'abord à l'admission des témoins, ensuite à l'enquête.

Il nous semble qu'elle aurait dû se départir de sa

rigueur, du moins pour la question de forme. La preuve testimoniale ayant été admise dans certains cas exceptionnels, le Code de procédure devait, dans ces cas-là, se préoccuper de mettre en œuvre ses qualités, pour lui assurer son maximum de rendement (1) : or, son principal avantage est dans la vie qui en émane, dans la possibilité qu'elle apporte de faire vivre, d'évoquer les faits qui se sont passés, en un mot, de mettre le juge en contact plus direct avec les faits eux-mêmes, de le rapprocher en définitive de la vérité. Le but que devait poursuivre le Code de procédure était donc d'assurer la spontanéité des déclarations, en donnant à la preuve par témoins une organisation aussi libre que possible, exempte d'entraves superflues. Cette méthode aurait eu le mérite d'être logique.

On invoque, il est vrai, en sens contraire, des précautions à organiser pour éviter la corruption des témoins. Mais il ne faut pas les multiplier. De plus, elles se comprendraient surtout, si fleurissait encore le régime de la preuve légale; si deux ou plusieurs autres témoins imposaient au juge leurs déclarations, on pourrait soutenir qu'il est plus prudent de ne laisser arriver à lui que des déclarations évidemment sincères en les entourant de multiples garanties. — Et à y regarder de près, cet argument ne serait pas suffisant, car rien ne peut, encore une fois, prévaloir contre cette considération que du moment qu'on reçoit la preuve testimoniale, il faut, dans les cas où elle est admissible, si restreints soient-ils, la rendre le plus libre qu'il

(1) Ce que nous voulons dire, c'est que, quelque opinion que l'on ait sur la valeur de la preuve par témoins, du moment qu'on l'a admise, serait-ce dans des cas très rares, on doit, dans la mesure où on l'admet, lui assurer son maximum de rendement. Or il n'en peut être ainsi qu'en lui donnant une organisation entièrement libre.

est possible, car c'est le seul moyen d'en tirer un utile profit.

Mais les législateurs sont comme les autres hommes; ils ne suivent pas toujours la logique des choses : ils se laissent parfois guider par leurs sentiments dont ils imprègnent les prescriptions qu'ils édictent. De ces sentiments, il en est un qui nous est bien connu : c'est celui d'une hostilité toujours en éveil à l'égard des témoins. Toutes les fois que ceux-ci apparaissent, ils suscitent, par leur seule apparition, une défiance tenace.

Nous allons la constater une fois de plus en étudiant sommairement les deux ordres de questions traitées par le Code de procédure.

I. — Admission du témoin

Dans l'admission du témoin, il faut se placer successivement à deux points de vue : d'abord, se demander quelles qualités il faut exiger d'un individu pour l'admettre à déposer. — Ensuite, rechercher quel nombre de personnes on pourra entendre et quel sera son effet sur la décision du juge.

Le point de vue qualitatif est celui dont s'est le plus occupé le législateur français.

Le principe devrait être l'admission d'un très grand nombre de personnes à venir déposer, car le juge ne peut qu'être mieux renseigné par une plus abondante documentation (1). Il y a intérêt, pour la découverte de la vérité, à ce qu'une personne ayant connaissance

(1) On a longtemps soutenu que la tendance naturelle de l'homme était de dire la vérité; Reid (Recherches sur l'entendement humain d'après les principes du sens commun, t. II, p. 243) l'appelle le principe de véracité. Aujourd'hui on soutient au contraire que des dépositions, même faites de bonne foi sont pleines d'erreur : cela provient de ce qu'un homme ordinaire est incapable d'observer : « pour les faits les plus simples, où aucune passion,

des faits ne soit pas écartée trop facilement de la salle d'audience.

Cependant, notre loi écarte de nombreux témoignages qu'elle suspecte de mensonge : pour cela, elle se place à plusieurs points de vue, ou, si l'on préfère, son système comporte diverses catégories.

I. — Il est, en premier lieu, certaines personnes qui sont frappées d'une incapacité complète de témoigner, qu'on ne peut pas entendre : non seulement les parties peuvent les repousser à leur guise, mais, si elles n'usent pas de ce droit, le juge peut les exclure d'office. Cette incapacité est absolue ou relative.

Absolue, elle empêche une personne de déposer dans n'importe quelle affaire. Elle atteint ceux qui ont été frappés de la dégradation civique (1) et ceux qui, par suite de condamnations correctionnelles, ont été frappés de l'interdiction de déposer en justice (2).

aucun intérêt ne sauraient intervenir, il est impossible d'obtenir d'un observateur ordinaire une relation approximativement exacte et ne fourmillant pas d'erreurs. Ce n'est pas la vérité, mais la fausseté qui est la règle, fausseté d'autant plus dangereuse qu'elle est commise le plus souvent avec une parfaite bonne foi. » Gustave Le Bon, L'opinion, 1908, n° 2, p. 19. Et l'auteur cite dans cet article, intéressant à lire, des cas frappants. Sa thèse contient beaucoup de vérité, mais n'empêche pas que lorsque des personnes connaissent un fait, le seul moyen, dans bien des cas de connaître ce fait, est de requérir leur témoignage.

(1) C'est par erreur que l'art. 283 *in fine* du C. pr. les déclare seulement reprochables : « Pourront aussi être reprochés, celui qui aura été condamné à une peine afflictive ou infamante, ou même à une peine correctionnelle pour cause de vol. » L'art 34 du c. p. porte en effet : «La dégradation civique consiste :... 3° dans l'incapacité... de déposer en justice autrement que pour donner de simples renseignements». Voir pour les cas où cette peine est encourue art. 28 même Code.

(2) Art. 42 C. pénal : « Les tribunaux jugeant correctionnellement pourront dans certains cas, interdire en tout ou en partie, l'exercice des droits civiques, civils et de famille suivants :.....8° de témoignage en justice autrement que pour y faire de simples déclarations ». Et art. 43 : « Les tribunaux ne prononceront l'interdiction mentionnée dans l'article précédent, que lorsqu'elle aura été autorisée ou ordonnée par une disposition particulière de la loi ».

L'incapacité relative empêche certaines personnes de déposer dans des affaires déterminées : elle frappe les parents ou alliés en ligne directe, et le conjoint même divorcé. Article 268 C. pr.

II. — Il est maintenant une seconde catégorie de personnes qui peuvent être repoussées : l'article 283 C. pr. donne aux parties le droit de reproche à l'encontre de certains individus, dont la liste est beaucoup trop longue et, de plus, mal comprise, comme nous allons le voir. Le reproche est la déclaration d'une partie de repousser les déclarations d'un témoin.

1° La parenté est la première cause de reproche : les dépositions de parents sont suspectées de partialité par la loi, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement. Il en est de même des alliés jusqu'au même degré, ainsi que des « parents et alliés des conjoints, au degré ci-dessus, si le conjoint est vivant » ou s'il a laissé des descendants vivants. Et si le conjoint est décédé, sans laisser de postérité, le reproche peut atteindre « les parents et alliés en ligne directe, les frères, beaux-frères, sœurs et belles-sœurs ». Art. 283. — Cette classe de témoins reprochables est formidable : on est, à bon droit, étonné que le législateur ait pu pousser si loin la suspicion. Cela se conçoit d'autant moins, que nous sommes à une époque individualiste où se perd très vite le sentiment et l'ancienne cohésion de la famille : on peut dire que, passé la ligne directe, il n'y a guère d'affection qui ait sa cause dans la parenté. Souvent, des parents éloignés sont intimément unis, tandis que d'autres, plus rapprochés, n'ont conservé que des relations de politesse : cela vient d'une communauté de sentiments dans laquelle la parenté n'a rien à voir. Quand une personne considère la mort d'un cousin éloigné comme une bonne aubaine qui lui procure un

héritage inespéré, on ne voit pas pourquoi maintenir une incapacité basée sur une cordialité de relations qui a fait place à une tranquille indifférence.

2° « Pourront aussi être reprochés le témoin héritier présomptif ou donataire. » On craint que l'espoir d'un avantage, ou un avantage déjà reçu n'incitent à une trop grande bienveillance. Mais celui qui se trouve le plus proche successible peut d'abord n'être pas dans les bonnes grâces du testateur; et pourquoi le séparer d'un non parent qui a, au su de tous, capté la confiance de celui-ci. Quant au donataire, sans accepter au pied de la lettre les récriminations de certains moralistes qui ne cessent de se lamenter sur l'ingratitude humaine, c'est aller trop loin que de permettre de le reprocher. — Il suffirait que chaque fois le tribunal soit mis au courant des liens qui unissent les témoins aux parties, afin d'éveiller son attention. C'est d'ailleurs ce qui se passe un peu aujourd'hui, puisqu'un de ses membres, le juge-commissaire, a lu la déposition du témoin reproché (1).

3° Peut également être écartée la déposition de « celui qui aura bu ou mangé avec la partie, et à ses frais, depuis la prononciation du jugement qui a ordonné l'enquête ». La loi a vraiment bien peu de confiance dans la moralité des Français de les supposer tellement corrompus qu'on puisse payer leur mensonge avec un modeste déjeuner, surtout lorsque le témoin a juré, sinon sur Dieu, du moins sur sa conscience, de dire toute la vérité (2).

4° On peut formuler une critique analogue sur le reproche dirigé « contre celui qui aura donné des certifi-

(1) Voir plus loin n° II : L'Enquête.

(2) C'est l'exagération ridicule de l'ancienne maxime de Loysel « Qui mieux abreuve, mieux preuve ».

cats sur les faits relatifs au procès », et on pourrait la faire assez longue : craint-on une partialité trop favorable de celui qui a délivré le certificat, mais ne peut-il pas changer d'avis parce qu'il aura été plus tard mieux informé ? — On peut aller bien loin avec ce système, surtout aujourd'hui, où on peut demander et on demande des certificats à tout instant.

5° La loi permet encore d'écarter « les serviteurs et domestiques », qu'elle suppose dépendants, mais il faut qu'au moment du procès on ait encore le domestique à son service : or, si le procès est important, il est facile de tourner la loi; il suffit de le renvoyer à l'époque où il doit témoigner et de le reprendre ensuite; cela est d'une pratique courante » (1). Cependant ce reproche est un de ceux qui s'expliquent le mieux, et somme toute on doit l'accepter.

6° Enfin, le dernier reproche de l'article 283 est basé sur l'indignité qui résulte de condamnations ou de l'état d'accusation. Nous avons indiqué plus haut l'erreur du législateur, qui a classé dans les personnes reprochables, les condamnés complètement incapables de témoigner. Cela dit, l'indignité n'empêche pas un individu de dire la vérité quand aucun intérêt ne le pousse à mentir : le voleur mentira bien pour échapper à la poursuite criminelle, mais dans une affaire civile à laquelle il est étranger, on ne voit pas ce qui l'empêcherait de raconter exactement des faits pour lui indifférents.

On est maintenant à même d'apprécier l'ensemble de notre système de reproches; il manifeste la plus grande méfiance possible à l'égard de la preuve par témoins. Aussi est-on étonné qu'il ait laissé de côté celui qui a un intérêt personnel au procès, car c'est sans contredit

(1) Raoul de la Grasserie, *loc. cit.*, page 560.

la cause la plus certaine de déformation des témoignages. On a bien souvent répété que l'intérêt mène les hommes; ils ne sont pas encore assez parfaits pour oublier, dans la lutte du devoir et de l'intérêt, les puissantes suggestions de celui-ci. C'était le cas de se le rappeler.

Aussi la jurisprudence, toujours heureusement innovatrice, s'est souvent servie d'un argument *a fortiori* pour faire de cette cause un motif de reproche. Elle a ajouté à la loi, ce qui lui est théoriquement interdit car n'importe quel argument ne saurait prévaloir contre cette considération qu'une énumération aussi minutieuse que celle de l'article 283 est limitative; mais le vice légal est si fort qu'on ne peut blâmer les tribunaux (1).

A sa longue liste d'exclusions, la loi française admet le correctif du témoin nécessaire : le témoin reprochable, lorsqu'il est le seul que le juge ait à sa disposition, peut être entendu. Seulement elle ne pose nulle part un principe aussi général; elle se borne à en consacrer une application imparfaite, puisqu'elle ne concerne qu'un cas spécial : l'article 245 du Code civil permet, dans l'enquête du divorce, d'entendre les parents et les domestiques; encore a-t-il peur d'aller trop loin, puisqu'il excepte de cette disposition favorable le témoignage des descendants. En dehors de là, notre droit ne connaît pas le témoin nécessaire.

III.— Après les témoins reprochables il est d'autres personnes qui peuvent ne pas déposer : ce sont celles qui ont le droit de se récuser. Mais nous n'en dirons pas grand'chose parce que notre Code s'est peu occupé de

(1) Req., 23 janvier 1877. D. 78.1.70. — Bourges, 30 décembre 1877. D. 79.2.104. — Req., 8 mai 1883. D. 83.1.393. — Cass. civ., 1er juillet 1890. S. 92.1.115. — Req., 6 mai 1896. D. 96.1.483.

cette catégorie : on part de cette idée qu'il doit être permis à une personne placée entre sa conscience et son intérêt de ne trahir ni l'une ni l'autre. Les législations germaniques font une large application de cette idée. Il n'y a chez nous que celui qui peut invoquer le secret professionnel qui puisse s'excuser. Il peut toutefois déposer s'il est relevé du secret.

IV.— Enfin, dans une catégorie à part, il faut ranger les témoins qui peuvent déposer sans prêter serment : le droit français y range les mineurs de quinze ans. Nous n'avons rien à dire là-dessus. Le juge appréciera la foi qu'il doit accorder à des déclarations d'enfants. Généralement, aujourd'hui, on les accuse d'être portés à mentir et on n'a pas grande confiance en eux (1).

Il nous reste à nous occuper de la seconde partie de l'étude du témoin, que nous avons entreprise : celle qui concerne le point de vue quantitatif. Nous n'avons pas grand'chose à en dire.

La première question qui se pose à son sujet nous est déjà connue; faut-il exiger un nombre requis de témoins pour faire preuve? Nous savons que la règle *testis unus testis nullus*, en vigueur dans notre ancien droit, n'a pas reparu dans le Code civil. Il est unanimement admis que le juge doit compter et non peser les témoignages. Nous ne pouvons qu'approuver cette règle. — Tout le monde n'est pas de cet avis : ainsi, dans son étude sur la preuve testimoniale, que nous avons maintes fois citée et dont nous nous sommes plus d'une fois inspirés, Raoul de la Grasserie (2) propose une

(1) C'est surtout dans les procès criminels où il n'y a que des témoignages d'enfants que la question se pose.

(2) *Loc. cit.* Rev. Critiq., 1905, pages 554 et 555.

réforme de notre loi sur la preuve, admettant la preuve par un seul témoin au-dessous de 1.000 francs, exigeant au moins deux dépositions au-dessus de cette somme. Cette règle, dit-il, « nous paraît le correctif nécessaire de l'admission du témoignage sans limite. Je pourrais, sur le témoignage unique, être privé de toute ma fortune, ou être condamné à payer un million ! » Malgré l'expérience et la science juridiques de cet éminent auteur, nous ne croyons pas devoir nous rendre à cet argument; il n'est pas nouveau; c'est celui qu'on faisait valoir dans l'ancien droit. Le véritable correctif nous paraît être plutôt dans la perspicacité du juge : du moment qu'il n'est pas obligé de se ranger à la déposition unique, cela suffit; cette déposition sera contredite par la partie, et le juge pourra trouver dans cette contradiction elle-même quelque indice de vérité.

Pour terminer cette étude, il y aurait encore un point à examiner, mais il suffit de le signaler, tant est claire la réponse à la question qu'il soulève. Le juge doit-il se décider conformément aux témoignages ? évidemment non, car ce serait revenir à la preuve légale de notre ancien droit.

Nous pouvons maintenannt apprécier l'ensemble du droit français relatif au témoin : disons d'un mot qu'il est restrictif à l'excès. La liste des incapacités n'est pas très longue, mais l'incapacité elle-même est trop rigoureuse. Celle des reproches est trop longue et mal comprise : nous l'avons vu. Elle est en outre mal organisée : dans l'enquête devant le juge-commissaire, les parties peuvent formuler les reproches, mais leur validité n'est pas examinée de suite : le juge-commissaire écrit les déclarations du témoin contesté : et, plus tard, lorsque l'affaire se jugera et que le tribunal aura admis le bien fondé des reproches, lui seul connaîtra des dépositions

que les autres juges ignoreront. De là des appréciations différentes, car, malgré lui, le juge-commissaire tient compte des dépositions reprochées.

Dans ces conditions ne vaudrait-il pas mieux que tous les membres du tribunal aient entendu les déclarations suspectes, et ne suffirait-il pas qu'ils connaissent la cause de suspicion pour être mis en garde.

Ici encore le droit criminel offre un instructif exemple : l'admission des témoins y obéit aux règles les plus larges; tout individu, la partie au procès elle-même, y est entendu, et c'est dans l'abondance des renseignements qui résulte de cette vaste information que le juge puise sa conviction.

On peut donc, sans risquer le blâme d'être téméraire, souhaiter que le droit civil obéisse à l'avenir à une inspiration plus libre, puisqu'il peut s'éduquer d'une expérience déjà faite et qui se continue tous les jours à ses côtés.

II. — L'Enquête

Nous arrivons, avec l'enquête, à la question de pure forme. Elle a son importance, car la manière d'entendre les témoins, de diriger l'interrogatoire et de connaître les dépositions, a une grande influence sur la découverte de la vérité. Selon qu'on laisse librement déposer les témoins ou qu'on les interroge, selon que le juge entend leurs réponses ou n'en connaît que la traduction écrite, on en retire plus ou moins de vérité.

En principe, la forme est une imperfection du droit, une gêne; il faut donc la restreindre. Cependant il ne faut pas exagérer. On peut, d'une façon imagée, se la figurer comme une canalisation du droit dont les digues

ne doivent pas être trop larges, car ce serait comme si elles n'existaient pas, ni trop resserrées parce qu'elles arrêteraient la manifestation de la vérité.

La loi française a péché par trop de restriction, ce dont nous ne devons pas être étonnés. Nous retrouverons dans l'organisation de l'enquête sa constante défiance à l'égard des témoins, et cela d'un bout à l'autre de la procédure.

Dès avant que l'enquête soit ordonnée, il faut, pour qu'elle soit possible, que les faits soient déniés par l'autre partie et que la preuve testimoniale en soit reconnue admissible. Il intervient alors un jugement qui ordonne l'enquête et désigne un juge-commissaire pour y procéder. — Cependant elle peut aussi être ordonnée d'office.

Le délai très court dans lequel doit être commencée l'enquête est une des prescriptions qui manifeste le mieux l'esprit d'hostilité du Code de procédure à l'égard des témoins : ordinairement, en effet, la preuve est subordonnée à l'instance principale, et on peut la fournir tant que celle-ci n'est pas périmée. Ici, au contraire, la loi oblige à commencer l'enquête presque instantanément par crainte qu'une partie ne mette ce temps à profit pour tenter la corruption des témoins qui lui sont défavorables, ou pour en chercher d'autres qui viennent déposer en sa faveur. On ne peut vraiment retenir une exclamation. Cette fameuse subornation des témoins, on la retrouve partout, à chaque mot de chaque texte ; elle est comme une torturante hallucination qui ne laisse jamais tranquille la pensée des rédacteurs de notre loi ! L'enquête doit être commencée dans les huit jours quand elle est ordonnée par la loi, c'est-à-dire quand elle doit se faire au siège du tribunal ou à un lieu distant de moins de 5 myriamètres tout autour. Quand elle doit se

faire à une plus grande distance, le tribunal fixe lui-même le délai et le point de départ de ce délai dans lequel elle doit être commencée.

Elle est réputée commencée le jour où le demandeur a obtenu l'ordonnance du juge-commissaire à l'effet d'assigner les témoins, en sorte que, par suite d'un retard non imputable à la partie, la nullité peut être encourue.

Le juge-commissaire procède à l'enquête aux jour et heure par lui fixés. Quand le procès-verbal a été ouvert, on passe à l'audition des témoins. Ceux-ci, après avoir déclaré leurs noms et professions, prêtent serment de dire la vérité. On connaît tous ces détails. Les témoins font ensuite leur récit de vive voix, sans qu'il leur soit permis de lire un mémoire rédigé par écrit : ils arrivent d'un seul jet, c'est-à-dire sans être interrompus, à la fin de leurs dépositions; s'il y a alors des points à éclaircir ou de plus complets renseignements à leur demander, des questions leur sont posées par le juge-commissaire, qui les pose soit de lui-même, soit comme intermédiaire des parties. Sa déposition et les réponses sont consignées dans un procès-verbal que les témoins approuvent en y apposant leur signature : au cas contraire on mentionne le refus de signer.

Il peut se faire qu'un reproche soit, avant la déposition, élevé contre un témoin par une partie ou l'avoué qui la représente. Ce qu'il y a de curieux dans notre procédure, c'est que ce reproche n'est pas jugé immédiatement : le juge-commissaire n'a pas pouvoir pour cela. Ce n'est que plus tard, devant le tribunal tout entier, où la partie qui a invoqué certains griefs devra en apporter la preuve, qu'on examinera le bien fondé de ces allégations. Pour l'instant la déposition du témoin reproché est reçue et mentionnée, comme toute autre,

sur le procès-verbal. Sans doute si, lorsqu'on se trouvera à l'audience, le reproche est reconnu légitime, la déposition incriminée ne sera pas lue, et le tribunal ne la connaîtra pas; mais nous avons plus haut fait observer qu'un de ses membres en a déjà pris connaissance : il en tiendra compte, et il sera d'un avis opposé à celui de ses collègues; ou bien, ce qui doit être bien rare, il se considérera comme obligé de l'ignorer, et il emportera de l'audience un malaise troublant par l'effet de la sentence qu'il aura rendue à contre-cœur.

Tel est un des inconvénients de notre procédure : nous l'avons signalé en premier lieu, parce que nous avons déjà par anticipation parlé des reproches. Elle présente un danger plus grand ou tout au moins plus étendu qui vient de ce qu'elle est secrète. Les témoins ne sont pas interrogés devant le tribunal tout entier, ni en audience publique, mais devant les seules parties et le seul juge-commissaire. On en a donné deux raisons qui ne sont pas valables : 1° on prétend d'abord que l'enquête est plus vite faite. Mais la loi elle-même se contredirait si ce motif devait être pris au sérieux, puisqu'elle a précisément repoussé cette forme d'enquête dans les affaires sommaires, c'est-à-dire dans celles où se fait le plus vivement sentir le besoin de célérité. De plus, la lecture des dépositions est en fait beaucoup plus longue que l'audition des témoins, et surtout elle est fastidieuse : en écoutant l'interminable lecture de certaines enquêtes si longues qu'elles forment un lourd et volumineux paquet de papier, on laisse échapper bien des passages, et à la fin on ne saisit plus rien. Fort heureusement pour les intéressés, que l'avocat reprendra dans sa plaidoirie les passages importants. La commune pensée est qu'on devrait bien se dispenser de ces interminables lectures. Mais on sait que la loi y oblige

et on les supporte comme un fardeau qu'on languit de poser, ou comme un de ces antiques rituels sacrés de la preuve légale, dont il n'appartenait à personne de discuter la vertu.

2° On allègue aussi en faveur de l'enquête secrète, qu'elle garantit la sincérité du témoin en le soustrayant à l'influence du public. — On pourrait répondre qu'on lui permet au contraire de mentir à son aise, car le mensonge est plus facile dans le secret qu'au grand jour : la solennité de l'audience doit avoir son effet. Quand le témoin se sent regardé par le tribunal tout entier, et écouté par un public quelquefois nombreux, il est davantage intimidé, et n'ose pas mettre autant de force à des paroles de mensonge. Il sent qu'à ce moment-là va se jouer le procès, et ce sentiment de la responsabilité morale qu'il encourt est bien de nature à le faire réfléchir et à lui faire peser ses paroles.

Enfin et surtout la procédure secrète est le plus grand ennemi de la preuve testimoniale, parce qu'elle arrête sa principale qualité dont nous avons souvent parlé, l'impression vive qu'elle traduit. C'est par là que s'affirme sa supériorité; on comprend donc que si on lui enlève cet effet et qu'on la compare alors à la preuve écrite, ce n'est plus la preuve par témoins elle-même que l'on compare, mais une preuve testimoniale diminuée, abâtardie, qui a perdu sa physionomie, qui a cessé de se ressembler à elle-même : la comparaison est alors injuste, inégale, et on ne peut pas en tenir compte. — Quand les magistrats voient eux-mêmes les témoins faire leur déposition, ils apprécient davantage leur sincérité : quand ils en entendent le récit, ils ne peuvent guère en mesurer la franchise; au contraire l'attitude du témoin est bien significative à cet égard, surtout pour des juges qui ont un peu acquis la connaissance du caractère hu-

main : la façon de s'intimider tout d'un coup, de rougir, de se reprendre, d'hésiter, un simple geste, une attitude bizarre... la moindre chose révèlent parfois des pensées cachées, éclaircissent certains points, font naître un soupçon; et nous savons que les tribunaux savent tirer parti de tous ces éléments.

La loi fixe un délai restreint pour l'audition des témoins : l'enquête doit être terminée dans les 8 jours à compter du jour où on a entendu les premiers témoins. (Art. 278). Le jugement qui l'ordonne peut toutefois fixer un délai plus long.

Les nullités d'enquête sont empreintes de la même défiance, que nous avons partout relevée à l'égard de la preuve testimoniale. C'est un point que nous signalerons rapidement. Il faut distinguer selon que la nullité vient de la faute du juge-commissaire, qui a par exemple oublié de faire signer le procès-verbal par les parties, ou de la faute de l'avoué ou de l'huissier. Dans le premier cas l'enquête peut être recommencée, car les parties ne peuvent supporter les conséquences de la faute d'autrui (1): dans le second cas elle ne le pourra pas : on devine aisément le motif de cette disposition : c'est toujours la fameuse subornation des témoins : on a craint que dans une enquête qui tourne à leur défaveur, les avoués ou huissiers ne commîssent une nullité volontaire pour avoir le temps de corrompre les témoins et de recommencer ensuite leur audition dans des conditions plus propices. Ces nullités sont excessives, surtout lorsqu'on songe à leurs graves conséquences : pour une

(1) L'enquête peut également être recommencée lorsque la nullité est imputable au tribunal qui a par ex. dans une affaire ordinaire ordonné une enquête sommaire, au greffier, qui a oublié de mentionner la prestation de serment d'un témoin, au juge de paix qui a procédé à l'enquête avec des pouvoirs insuffisants. V. Garsonnet, *op. cit.*, t. III, p. 67.

irrégularité qui provient d'une inattention, la preuve produite sera non avenue et la partie, victime d'une trop grande sévérité, aura perdu son procès.

Il est vrai, dira-t-on, que le tribunal peut encore accorder une seconde enquête, mais c'est un droit exceptionnel, qui n'est guère accordé que pour prouver des faits nouveaux. « Il résulte de l'esprit du Code civil, dit M. Garsonnet, et des dispositions du Code de procédure sur les nullités d'enquête, que la loi voit avec défaveur un seul procès donner lieu à plus d'une enquête. » (1)

On voit que l'enquête du système français, bien que nous n'en ayons tracé que l'allure générale, puisque c'est la seule qui nous importe ici, serait toute entière à refondre.

Cependant notre droit admet dans les affaires sommaires une enquête plus expéditive, exempte de quelques-uns de ces défauts.

Ici, l'enquête est publique : il en résulte des conséquences importantes opposées à celles que nous connaissons : les témoins déposent directement devant le tribunal tout entier : celui-ci se décide donc d'après des dépositions orales. Nous ne revenons pas sur ce que nous avons dit de la publicité. — On évite encore ici l'inconvénient relatif aux reproches : le témoin reproché ne fera pas sa déposition, car sans cela, le tribunal tout entier la connaîtrait. Certains prétendent qu'il faut cependant recevoir cette déposition au cas où on irait en appel, mais ce faisant, on se heurte à l'article 291 qui ne veut pas que le tribunal statue en se basant sur les dépositions reprochées.

Sauf quelques autres différences, l'enquête sommaire

(1) Garsonnet, eodem, p. 71.

ressemble, par beaucoup de points, à l'enquête ordinaire.

Quoi qu'il en soit, elle constitue un modèle dont il serait bon de généraliser l'idée.

TROISIÈME PARTIE

DROIT COMPARÉ

I. L'étude des législations étrangères montre deux tendances opposées à la base des divers systèmes législatifs.

L'extension donnée par la jurisprudence française à notre loi sur la preuve qui est trop restrictive, nous a fait entrevoir la nécessité d'une réforme. Voyons si l'exemple des législations étrangères peut nous fournir un enseignement utile sur la manière dont cette réforme peut être réalisée.

A ce point de vue, on relève deux inspirations nettement opposées à la base des systèmes législatifs adoptés par les autres pays : les uns sont favorables à une large admission de la preuve par témoins. — les autres sont dans le sens d'une restriction plus ou moins sévère. Mais, ce qu'il y a d'intéressant à observer, c'est que dans chacun des deux groupes qui suivent un même courant, on trouve presque toujours des nations de même race : d'une façon générale, les peuples d'origine latine admettent le principe restrictif du droit français, tandis que les peuples germaniques se montrent partisans d'une grande liberté dans l'administration de la preuve (1).

Cette diversité doit probablement trouver sa cause dans une différence de caractère : les modes plus rigides de la preuve écrite sont sans doute préférés par les Latins parce qu'ils trouvent en eux la sécurité et la fixité qu'ils recherchent partout. Malgré les effets de l'individualisme moderne, on sent nettement percer chez eux le besoin de tout soumettre à une réglementation pré-

(1) Raoul de la Grasserie, *loc. cit.* Revue critique, 1905, page 300.

voyante. Ils ne veulent, autant que possible, rien laisser au hasard de l'avenir. Par suite, ils considèrent la preuve préconstituée comme la meilleure, non seulement dans les cas où l'importance de certains actes nécessite un soin tout particulier; mais même dans toutes les situations courantes de la vie : l'écriture était toute indiquée pour en former le meilleur élément.

Chez les Germains, au contraire, nous y trouvons l'individualisme le plus caractérisé : l'individu compte davantage sur soi et fait moins appel à l'intervention de l'Etat. Ce qu'il veut avant tout, c'est pouvoir exercer à sa guise son entière activité. Partant, il se passera presque complètement de réglementation et ne réclamera qu'une chose : une complète liberté. Pour lui, la collectivité n'a rien à gagner à cette réglementation outrancière qui restreint beaucoup trop l'autonomie individuelle. L'intérêt général trouve toujours son compte dans le libre jeu des initiatives.

Par conséquent, dans l'étude, forcément très sommaire des quelques législations étrangères que nous avons à faire, il sera naturel de procéder selon cette affinité d'origines et de caractères.

CHAPITRE PREMIER

NATIONS DE RACE LATINE

I. 1. L'Italie a une théorie semblable à celle du droit français, aussi restrictive.

II. 2. L'Espagne, après une disposition générale qui semble large, restreint la preuve testimoniale dans son taux d'apmission. — 3. L'interdit contre les écrits. — 4. Et exclut pas mal de témoins.

III. 5. Le Portugal a une législation analogue. — 6. Sauf quelques divergences de détail assez bizarres.

IV, V et VI. 7. La Belgique, la Hollande, et le Congo adoptent très sensiblement le système français.

Nous avons indiqué que les nations de race latine sont, en principe, hostiles à une trop grande admission de la preuve par témoins. A cette idée générale, viennent se joindre des divergences de détail qui n'atteignent en rien la communauté d'inspiration.

Nous allons successivement étudier quelques-unes des législations qui peuvent intéresser notre sujet.

I. — L'Italie

La législation italienne est certainement une de celles qui se rapprochent le plus exactement du droit français. Pour se rendre compte de cette similitude, il suffit d'ouvrir le Code civil italien, promulgué le 25 juin 1865 (1). On croirait, à sa lecture, se trouver en face de notre

(1) L'évolution du droit italien sur la preuve présente un contraste curieux : nous avons vu que le droit romain s'était, dans le cours de son histoire, montré facile à l'admission de la preuve par témoins : il l'a à l'origine admise de la

propre Code civil. Même, par une coïncidence étonnante, la numérotation des articles sur la preuve y est la même que chez nous. Quant à son contenu, il ressemble mot à mot à celui du Code Napoléon sur lequel on le dirait exactement copié.

Comme chez nous, la loi a fixé une limite assez basse à l'admission de la preuve par témoins. On ne peut y recourir qu'au-dessus de 500 lires (1).

Dans le calcul de cette somme, le législateur italien a montré la même sévérité que la loi française; il faut compter, dans son évaluation, le capital et les intérêts échus au jour où la demande est formée; — Lorsqu'une personne possède plusieurs titres de créance contre un même débiteur, elle doit les réunir dans une seule instance, et le total de l'addition ainsi opérée indiquera s'il faut admettre ou refuser la preuve par témoins. — Celui qui a formé une demande excédant la somme de 500 lires contre une personne, ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, alors même qu'il restreindrait le chiffre de son exigence première, etc...

Pour les autres dispositions, nous nous bornons à renvoyer, au Code italien lui-même, puisqu'il ressemble exactement au nôtre, tant dans son esprit que dans le détail de ses dispositions.

plus large façon. L'application de la même manière de voir, plus largement entendue, s'est ensuite maintenue pendant la période formulaire, et c'est seulement au Bas-Empire qu'elle a reçu de légères atteintes. C'est dans ce pays de libre administration que le statut de Bologne a ouvert en 1453 l'ère des restrictions, continuée par le Code actuel.

(1) « N'est point recevable la preuve par témoins d'une convention sur un objet dont la valeur excède 500 lires encore qu'il s'agisse de dépôts volontaires. Cette preuve n'est pas non plus recevable contre et outre le contenu d'actes écrits, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis lesdits actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cinq cents lires.— Demeure, toutefois en vigueur, ce qui a été établi dans les lois relatives au commerce ». Art. 1341. C. civ. italien, collection des Codes étrangers XVIII, traduit et annoté par Henri Prudhomme (comp. 1341 C. civ. fr.).

II. — L'Espagne

La législation espagnole manque, dans son ensemble, un peu de netteté.

L'article 1244 du Code civil espagnol décide que « la preuve par témoins est admise dans tous les cas où elle n'est pas expressément prohibée ». Mais ce principe, subit d'importantes restrictions.

D'abord, l'article 1248 contient une disposition assez bizarre : il recommande aux tribunaux « d'éviter que, par la simple coïndicence de quelques témoignages, à moins que leur véracité ne soit évidente, on n'arrive à établir des conventions à propos desquelles interviennent ordinairement des écrits, des actes privés, ou quelque commencement de preuve par écrit. » Il semble résulter de cette recommandation légale que le juge ne doit pas tenir compte des dépositions qu'il a reçues lorsque leur véracité n'est pas telle qu'on ne puisse la mettre en doute, et qu'elles s'opposent à un acte écrit; il solutionnera donc le procès comme si les témoins n'avaient pas été entendus, alors même qu'ils auraient fait des déclarations normalement satisfaisantes.

De plus, l'article 1280, dernier alinéa, prescrit la rédaction d'un acte écrit, au moins sous-seing privé, lorsque la valeur qui fait l'objet du procès est supérieure à 1.500 pesetas. — Cette limitation paraît sage : en fait, sinon la plupart, du moins un grand nombre de conventions, ne portent pas sur une somme plus forte : dès lors, la possibilité d'une preuve plus courante est, dans ces conditions, de nature à apporter quelque facilité dans les relations. Quant aux cas où l'intérêt en jeu dépasse cette limite, ils sont moins fréquents; d'ailleurs ils appellent assez l'attention des intéressés, à cause de leur impor-

tance, pour que ceux-ci se ménagent une preuve plus sûre, alors même que la loi ne les y obligerait pas.

Enfin, la preuve testimoniale n'est plus recevable lorsqu'elle se trouve en présence d'un acte authentique, ou seulement d'un acte sous-seing privé, pourvu qu'il ait été légalement reconnu par les parties, car l'article 1225 décide, à l'égard de ce dernier, qu'il aura, dans ce cas, « la même valeur que l'acte authentique entre ceux qui l'ont souscrit et leurs ayants cause ». — Et il est à noter que le nouveau Code exige que les actes soient passés en la forme authentique dans des cas assez nombreux (1).

A ces restrictions qui concernent la preuve testimoniale considérée en elle-même, qui l'atteignent dans son principe, il faut ajouter celles qui la touchent indirectement dans la personne de ceux que la loi espagnole déclare incapables de témoigner. Elle prononce à cet égard d'assez nombreuses exclusions, qu'elle divise en deux catégories.

Les personnes inhabiles à témoigner peuvent l'être d'abord en vertu d'une incapacité naturelle : c'est le cas des idiots et des déments, des aveugles et des sourds, « dans les choses dont la connaissance dépend de la vue

(1) Art. 1280 (Code civil espagnol, traduit par Levé 1890) : « On devra constater par acte public : 1° les actes et contrats qui ont pour objet, la création, la transmission, la modification ou l'extinction des droits réels sur les immeubles; 2° les locations de ces mêmes biens pour six années au plus toutes les fois qu'elles doivent être opposées au tiers; 3° les conventions matrimoniales, les constitutions et augmentations de dot toutes les fois qu'on doit les faire valoir contre des tiers; 4° la cession, la répudiation, et la renonciation à des droits dans une succession ou une société conjugale; 5° la procuration pour contracter mariage, la procuration générale pour plaider, et les procurations spéciales qu'on doit présenter en justice : la procuration d'administrer des biens, et toute autre qui a pour objet un acte rédigé ou à rédiger en la forme authentique ou qui doit s'opposer à des tiers; 6° la cession d'actions ou de droits provenant d'un acte dressé en la forme authentique ».

ou de l'ouïe », et enfin des mineurs de 14 ans : toutefois, pour ces derniers, l'article 647 du Code de procédure civile les admet à déposer à la condition qu'ils ne prêtent pas serment.

Ce peut être en second lieu la loi qui interdit la déposition de certaines personnes : ceux qui ont un intérêt dans le procès, les ascendants et descendants, les beaux-parents, le gendre et la bru, le mari et la femme, ceux qui sont astreints au secret professionnel, et enfin ceux spécialement déclarés incapables pour certains actes (1).

Cette liste d'incapacités est sans doute poussée un peu loin; mais cette sévérité reçoit un correctif très atténuant, qui relève la valeur de cette partie du droit. Celles, dans les exclusions que nous venons d'énumérer, qui sont basées sur des liens de famille, cessent de s'appliquer dans deux hypothèses : 1° lorsqu'il s'agit de prouver la naissance ou la mort des enfants; 2° lorsque tout autre moyen fait complètement défaut pour établir la vérité sur quelque affaire intime de famille.

Telle est rapidement esquissée la physionomie de la preuve testimoniale dans le Code espagnol; on voit qu'à côté de dispositions assez heureuses, elle en présente d'autres qui auraient mérité d'être atténuées ou plus réfléchies; mais, dans son ensemble, le système est moins restrictif que celui du Code civil français. Et le Code de procédure commande aux juges, lorsqu'ils se trouvent en présence de témoignages, de les apprécier « d'après les règles de la saine critique, et en tenant compte des circonstances ».

Ce qui ressort, en définitive, de l'examen de la législation espagnole, c'est un souci, qui nous paraît assez

(1) Code civil espagnol. Art. 1245, 1246, 1247. Levé, *loc. cit.*, et Lehr. Eléments de droit civil espagnol, 1890, page 236, n° 431.

marqué, de réglementation. Par là elle participe bien d'un caractère commun aux divers peuples latins, et méritait d'être examinée à côté du droit français.

III. — Le Portugal

La législation portugaise vient naturellement après la précédente.

Elle présente avec elle de nombreux points communs. Elle débute par une disposition analogue à celle du droit espagnol : « La preuve par témoins est admissible dans tous les cas où la loi ne la défend pas expressément » (art. 2506) (1).

Le Code portugais interdit ensuite ce genre de preuve contre le contenu aux actes écrits, soit authentiques, soit sous-seing privé légalement reconnus; mais, entre ces deux natures de titres, il y a une différence : les témoins peuvent être entendus pour établir le faux des actes authentiques, et dans ce seul cas. A l'encontre des actes privés, ils sont entendus non seulement lorsque ces actes sont argués de faux, mais encore d'erreur, de dol ou de violence.

Les incapacités de témoigner sont les mêmes dans le droit portugais que dans le droit espagnol.

On trouve, dans la législation que nous étudions maintenant, quelques prescriptions qui méritent d'être signalées : l'article 2513 du Code civil dit bien que l'appréciation de la preuve est abandonnée aux lumières du juge; mais à côté figurent des dispositions plus particulières : c'est ainsi que la déposition d'un seul témoin ne peut pas faire une preuve complète (art. 2512), à moins qu'elle

(1) Code civil portugais, 1er juillet 1867, traduit et annoté par G. Laneyrie, et J. Dubois.

ne soit appuyée par un autre mode de preuve qui la corrobore, ou qu'il s'agisse d'un cas spécial dans lequel la loi en a décidé autrement.

Une autre disposition, dans un ordre d'idées un peu différent, semble s'inspirer de cette pensée que le demandeur, parce qu'il veut substituer un état de choses à un autre, doit apporter une preuve plus énergique que le défendeur. L'article 2516 dit que « si la preuve testimoniale a la même force des deux côtés, la preuve produite par le défendeur doit l'emporter ». Mais ce texte aurait mérité, à notre point de vue, d'être précisé davantage : quand est-ce que la preuve par témoins, apportée par les deux parties, devra être considérée comme se trouvant en balance d'un côté par rapport à l'autre ? En sera-t-il ainsi quand les adversaires auront produit un nombre égal de témoins ? ce serait une solution peu en harmonie avec le progrès du droit. Sera-ce lorsque les personnes appelées par chaque partie en nombre égal ou inégal, offriront des qualités équivalentes ? mais l'appréciation de ces qualités est toute intime et relative; et, de plus, il y aura toujours, en fait, quelque indice ou quelque présomption qui fera préférer une déposition.

En dehors de ces quelques points spéciaux, le droit portugais ne mérite pas une plus longue mention.

IV. — La Belgique

Nous serons encore plus brefs en ce qui concerne le droit belge, par la bonne raison qu'il est la textuelle reproduction du droit français (1).

La similitude des deux législations est parfaite : elle

(1) Beltjens, codes annotés, 1880. Victor Thiry, Cours de droit civil (annoté par Georges Thiry), professé à l'Université de Liège, t. III.

procède et a d'ailleurs toujours procédé d'une même hostilité à l'égard de la preuve testimoniale.

Tandis qu'en France les fameuses Ordonnances de 1566 et 1667 venaient restreindre son champ d'application, l'Edit perpétuel du 12 juillet 1611 la proscrivait au-delà de la valeur de 300 livres Artois.

Pareillement le droit moderne belge n'est autre qu'une seconde législation française : il ordonne de passer acte au-dessus de 150 francs et reprend les détails de notre Code.

V. — La Hollande

Ici encore nous retrouvons une législation pareille à la nôtre : seule varie la somme limite au-dessus de la quelle est prohibée la preuve par témoins : l'article 1933 est ainsi conçu : « La preuve par témoins n'est pas recevable lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'un acte ou d'une convention contenant obligation ou libération de choses dépassant la somme ou la valeur de 300 florins » (1).

VI. — Le Congo

Le Code civil de l'Etat du Congo interdit aussi la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes et au-dessus de 150 francs (2). Il a été mis en vigueur le 30 juillet 1888.

(1) Codes Néerlandais, trad. et ann. par Tripels.
(2) Hébette et Petit, 1892. Codes du Congo.

CHAPITRE II

NATIONS D'ORIGINE GERMANIQUE

I. L'Angleterre adopte la liberté des preuves. — 2. Mais elle exige la rédaction d'un écrit dans des cas assez nombreux. — 3. Et elle interdit la preuve contre le contenu d'un écrit. — 4. Mais elle autorise la preuve par témoins pour établir un accord verbal séparé de l'acte. — 5. Et pour interpréter les contrats. — 6. Elle exige que certains actes authentiques soient soutenus par des témoins.

II. 7. L'Allemagne admet la plus large liberté de preuves. — 8. Elle écarte fort peu de témoignages. — 9. Et pratique l'enquête publique à l'audience.

III. 10. L'Autriche suit à peu près l'exemple de l'Allemagne.

IV. 11. La Suisse se partage en deux. — 12. Les cantons de la Suisse allemande pratiquent la liberté des preuves. — 13. Tandis que les cantons romands suivent l'inspiration française.

Nous allons nous trouver ici en présence de tendances opposées à celles que nous avons relevées dans le chapitre précédent : les législations de race saxonne sont orientées, d'une façon générale, vers une plus grande liberté de preuves.

I. — Droit anglais

La législation anglaise est assez confuse et compliquée, et la théorie des preuves y est quelque peu difficile à bien saisir : la cause en est dans l'absence complète non seulement de prescriptions détaillées, mais même d'une loi d'ensemble à laquelle on puisse rattacher les solutions. Il ne reste que des lois spéciales (statutes) et des

solutions de jurisprudence, au milieu desquelles il est assez difficile de se reconnaître.

Il y a eu pour l'Inde anglaise une codification faite en 1872; l'Indian Evidence Act a fixé législativement le droit sur la preuve dans un ensemble de règles (1). Mais il n'y a pas, en Angleterre, de codification analogue.

Le droit anglais admet deux sortes de preuves : la preuve orale et la preuve écrite. Mais il laisse aux parties la faculté de recourir à l'une ou à l'autre. En effet, il ne fixe pas comme chez nous une limite au-dessus de laquelle il soit impossible de recourir à la preuve par témoins; il y a donc sur ce point une liberté complète : les témoins pourront toujours être entendus, et même une seule déposition pourra convaincre le juge.

Cependant l'histoire de la preuve testimoniale est plutôt dans le sens de la restriction : le statut des Fraudes, intervenu en 1677, a prescrit la rédaction d'un écrit pour de nombreux actes. Il a été révisé en 1828 et 1856. Il est vrai qu'il ne se montre pas rigoureux dans la qualité de l'écrit qu'il exige : celui-ci n'a pas besoin d'observer de sévères conditions de forme : ce peut être un acte sous-seing privé (pas nécessairement un acte authentique), ou un simple mémorandum, une note contenant le résumé du contrat. Il faudra seulement que cet écrit soit revêtu de la signature de la partie contre qui la demande est dirigée ou de son mandataire muni d'une procuration authentique. L'écrit sera exigé dans les cas suivants : « 1° Lorsqu'un exécuteur testamentaire ou un administrateur des biens d'une personne s'est obligé spécialement à répondre des dommages-intérêts sur ses propres biens ; 2° lorsqu'une personne s'est portée caution

(1) Summer Maine. Etudes sur l'Histoire du droit : théorie de la preuve, p. 315 à 362.

des dettes, fautes, ou de la mauvaise gestion d'autrui ; 3° lorsqu'il s'agit de conventions matrimoniales; 4° si le contrat avait trait aux immeubles, aux baux, héritages, ou à des intérêts de cette nature; 5° et s'il devait être en force pendant plus d'une année. » (1)

A cette énumération il faut ajouter une autre mention relative au droit commercial : les contrats de vente de marchandises doivent être rédigés par écrit lorsqu'ils portent sur une valeur supérieure à 10 livres sterling, à moins, toutefois, que ce contrat n'ait reçu un commencement d'exécution, soit par livraison totale ou partielle des marchandises, soit par le paiement du prix. — Il est curieux de noter à cette occasion que, tandis que notre droit ne pose aucune limite quantitative en matière commerciale, pour admettre les témoins à déposer, le droit anglais, au contraire, qui part d'une liberté absolue dans le droit civil, apporte une restriction à son principe, précisément là où nous admettons le plus de facilité. Toutefois la portée de cette restriction n'est pas assez considérable pour la faire considérer autrement que comme accidentelle.

Enfin, doivent encore être rédigés par écrit les contrats qui portent sur le droit d'auteur, les ventes de navires, et les conventions relatives aux effets de commerce « ou autres actes pouvant se transférer par endossement ».

Le droit anglais interdit de prouver par témoins le contenu d'un écrit; lorsqu'un acte a été dressé, la seule preuve possible consistera dans sa production, sauf au cas où le titre aurait été perdu ou détruit : on ne pourra donc pas, pour établir les clauses mêmes du contrat,

(1) Selim. Aperçu de la loi anglaise au point de vue pratique et commercial, page 35.

recourir à des témoins. — A plus forte raison sera-t-il interdit de prouver par témoins contre le contenu aux actes.

On se distrait de cette rigueur lorsqu'il s'agit de prouver, non plus le contrat lui-même, mais certains vices inhérents à sa formation : on peut établir qu'une partie n'avait pas la capacité requise au moment où elle s'est engagée, ou que le contrat porte sur un objet immoral ou illicite, c'est-à-dire qu'il est contraire à une loi d'ordre public, ou enfin qu'il est entaché d'erreur.

Les parties peuvent encore prouver qu'elles avaient, dans un accord verbal supplémentaire à l'écrit, convenu que le contrat serait subordonné à une condition dont elles veulent prouver la non-réalisation.

D'une façon générale, et il s'agit ici d'une disposition très large, le droit anglais réserve la possibilité d'établir l'existence d'un accord verbal séparé qui est intervenu en même temps que l'acte écrit, à condition qu'il ne contredise pas ce dernier. Voici une convention sur un point particulier dont l'acte ne parle pas et qui n'est pas destinée à le modifier, mais seulement à le compléter : ainsi, Primus vend une maison à Secundus et lui promet de faire une amélioration quelconque avant de lui livrer l'immeuble : puis, quand le contrat est passé par écrit, on ne mentionne que la convention principale qui porte sur la vente. Secundus sera admis à prouver l'accord complémentaire relatif à l'amélioration promise.

Enfin, la preuve testimoniale est admise pour l'interprétation des contrats; y a-t-il un mot douteux, l'identité des contractants manque-t-elle de précision, le sens des termes a-t-il besoin d'être plus clairement défini, etc..., autant de points qui pourront s'éclaircir à l'aide de témoins. Il y a encore lieu de se servir de ceux-ci lorsqu'il faut établir la portée d'un usage auquel se sont

référées les parties : cet usage peut être local ou relatif au commerce.

Pour certains actes authentiques importants, la loi exige qu'ils soient corroborés par la présence et la signature des témoins, et lorsqu'on voudra produire ces actes en justice, il faudra faire appeler les témoins pour en confirmer l'authenticité, alors même que celle-ci serait reconnue par le débiteur. — Les témoins sont dispensés de comparaître lorsqu'il leur est matériellement impossible de venir, et on se dispense de les appeler quand l'acte produit a une existence d'au moins trente ans.

Comme on le voit, le droit anglais fait encore large la part de la preuve testimoniale, mais on remarque aussi les restrictions qu'elle a subies par les lois précitées qui ont rendu de plus en plus nombreux les cas où il faut rédiger un écrit.

II. — L'Allemagne

L'Allemagne est par excellence le pays de la liberté des preuves; elle n'a d'ailleurs jamais varié et continue aujourd'hui son ancienne tradition.

Lorsqu'elle n'avait pas encore réalisé son unité, au milieu de l'anarchie d'un régime encore féodal, la même tendance émanait sans conteste de l'ensemble des législations spéciales. Dans les divers Etats, les lois sur la preuve testimoniale étaient conçues dans l'esprit le plus large.

Le Code prussien de 1793 ne posait aucune restriction (1) et l'autorisait contre et outre le contenu aux actes. — Le Code bavarois lui accordait autant de valeur qu'à la preuve littérale, et en cas de conflit avec cette

(1) Code proc. civ., all. de 1877, trad. et ann. par Glasson Lederlé et Dareste. Introd., page 42.

dernière, il lui donnait la préférence, à moins qu'on ne se soit trouvé dans des conditions particulières assez difficiles à réaliser.

La Constitution de l'Empire Allemand du 16 avril 1871, en son article 4, paragraphe 13, donna à l'Empire le droit de fixer une procédure commune. Il en sortit le C. pr. civ., mis en vigueur le 30 janvier 1877.

La nouvelle législation conserve l'ancienne liberté complète d'admission de la preuve par témoins, qui est entièrement abandonnée à l'arbitraire des juges. Elle ne subit aucune limitation de n'importe quel genre.

Elle est d'abord admise en toutes matières.

Elle n'apporte ensuite aucune restriction à l'égard des personnes qui sont appelées à déposer : toute personne peut être entendue comme témoin. C'est au tribunal qu'il appartient de mesurer la croyance et la confiance qu'elle mérite. Il s'ensuit qu'il peut trouver dans telles ou telles dépositions, même dans une seule, les raisons de son jugement... Le droit allemand n'admet à cette large faculté d'admission que deux correctifs : d'un côté, certaines personnes peuvent se refuser à déposer; d'autre part, parmi celles qui seront entendues, certaines ne le seront qu'en ne prêtant pas serment. Ce sont des atténuations nécessaires.

Signalons, en dernier lieu, une mesure excellente en ce qui concerne l'audition des témoins : l'enquête se fait, en principe devant le tribunal tout entier; il faut un motif grave pour qu'elle ait lieu simplement devant un juge commis : il en est ainsi : 1° quand le témoin ne peut pas comparaître pour un motif très sérieux et quand il habite trop loin du tribunal; 2° quand l'audition des témoins sur les lieux est utile à la solution du procès; 3° quand l'enquête devant le tribunal tout entier se heurte à des difficultés insurmontables.

Il est difficile, comme on le voit par ce rapide coup d'œil sur la conception probatoire allemande, de trouver une législation où soit plus grande la liberté d'administration de la preuve.

II. — L'Autriche

La théorie des preuves, qui figurait depuis 1812 dans le Code civil de l'empire d'Autriche, a passé dans le Code de procédure le 1er août 1895.

L'article 272 de ce Code établit le même principe qu'en Allemagne : liberté absolue dans l'administration de la preuve : « Le tribunal, en tant qu'il n'en est pas décidé autrement par la présente loi, aura à juger d'après sa libre conviction, en tenant compte soigneusement des résultats de la preuve, si une allégation de faits doit être tenue pour vraie ou non. » (1)

La faculté des juges de trouver où ils veulent les éléments de leur conviction est même telle qu'ils peuvent, s'ils estiment que l'offre de preuve est faite dans le but de retarder la solution judiciaire, la rejeter purement et simplement. — Le Code autrichien va même jusqu'à dire que « les faits qui sont notoirement connus du tribunal n'ont pas besoin de preuve ».

En ce qui concerne les personnes qui peuvent témoigner, le système autrichien est analogue au système allemand : il se montre peu sévère et peu partisan des exclusions : toutefois, il refuse à certaines personnes le droit de déposer : 1° celles qui sont incapables de discerner; 2° certaines personnes liées par le secret professionnel, comme les prêtres, ou qui ont la garde de certains secrets, comme les fonctionnaires vis-à-vis de l'Etat.

(1) Bellissen, *loc. cit.*, p. 295.

IV. — La Suisse

Dans la Suisse, il faut distinguer les deux tendances que nous avons signalées, qui divisent en deux groupes l'ensemble des cantons. La Suisse se trouve territorialement constituer un pays de transition entre la France et l'Allemagne. L'influence de chacune des deux législations était naturellement appelée à s'y combattre.

Dans les cantons de la Suisse allemande, le juge jouit d'une entière liberté : il peut recevoir la preuve testimoniale de tous les faits juridiques, et même, dans la plupart des cantons, à l'encontre d'un acte écrit : toutefois, dans le canton de Berne, les parties ne peuvent faire entendre des témoins, à l'encontre d'un acte écrit, sur des faits qui sont antérieurs à la rédaction de cet acte (1).

Les cantons romands adoptent au contraire la théorie française : la preuve testimoniale n'y est admise que jusqu'à concurrence d'un certain taux, que chaque canton a fixé d'une manière différente : le chiffre maximum est tantôt à peine supérieur à celui de notre Code; il est de 200 francs dans le Code civil genevois; tantôt au contraire il s'élève jusqu'à 1.000 francs, comme dans le Code civil neufchâtelois. — On trouve aussi reproduite, dans les cantons romands, la plupart des autres dispositions restrictives du droit français, telles que l'interdiction de prouver outre et contre le contenu aux actes, et celles de nos articles 1342 et suivants.

(1) Il est à noter que le canton de Berne, qui admet cette restriction, est placé, par sa position géographique entre les deux groupes de cantons, ceux de la Suisse allemande et ceux qui sont dans le sens du système français.

Cette étude du droit comparé sur la preuve se trouverait de beaucoup insuffisamment complète si elle était de nature à nous éclairer sur les caractères intimes et spéciaux de chaque législation. Mais tel n'est pas son but : nous ne cherchons, et nous ne pouvons guère chercher ici que les solutions d'ensemble généralement données au conflit qui s'élève sur les questions de preuve lorsqu'il s'agit de savoir s'il vaut mieux les soumettre à une réglementation minutieuse, qui ne va certainement pas sans quelque formalisme, ou à une toujours plus grande liberté.

Ce sont en effet ces idées générales qui sont de nature à nous éclairer sur l'évolution en cours : elles suffisent à nous indiquer l'orientation suivie par les divers peuples. C'est à nous qu'il appartient ensuite de voir si elles fournissent un élément de décision dans la question que nous avons à trancher sur le point de savoir si une réforme radicale est nécessaire en France et dans quel sens ?

Disons d'un mot que nous ne pensons pas, sans croire diminuer pour cela l'utilité très profitable des études de droit comparé, qu'elles puissent nous offrir un modèle parfait qu'il n'y aurait qu'à transposer chez nous; c'est-à-dire que nous ne proposons pas au législateur français d'imiter l'exemple de telle ou telle nation, alors même que sa théorie de la preuve nous paraîtrait excellente : la question de race intervient dans le droit comme dans les autres manifestations de la vie nationale. Des peuples cependant voisins et en rapports intimes conservent malgré tout des systèmes opposés. Les règles bonnes aux uns ne le sont pas aux autres.

Suivant cette observation préliminaire, nous retiendrons des règles trop sommaires que nous venons de rappeler, que deux tendances opposées se manifestent

dans le droit probatoire actuel : tandis que dans les nations latines l'admission des témoins y est toujours subordonnée à des règles strictes, dans les nations germaniques c'est le principe de large liberté qui prévaut, et il ne se heurte à aucun obstacle pratique.

L'étude du droit comparé nous permet donc de réfuter les arguments de ceux qui sont les partisans de notre système restrictif et qui allèguent, à l'appui de leur thèse, les dangers d'application de la liberté des preuves. Les législateurs étrangers pouvaient craindre aussi bien que nous la corruption des témoins et la multiplication des procès. Leur exemple prouve qu'en fait ces dangers n'existent pas. Ce sont donc des craintes chimériques dont il ne faut pas tenir compte, mais qu'on s'est malheureusement habitué à reproduire chez nous, sans rechercher si elles sont aussi fondées qu'autrefois.

CONCLUSION

1. Deux constatations permettent d'avoir confiance dans une large admission du témoignage : une plus grande culture intellectuelle et une plus grande moralité.
2. Cependant une proposition qui tendait à la réaliser partiellement faite en 1895 n'a pas abouti, parce qu'elle a été mal examinée.
3. On peut donc à nouveau proposer l'admissibilité sans limites du témoignage ou tout au moins une très grande liberté de témoigner.
4. La preuve contre le contenu aux actes serait toujours interdite, mais non la preuve outre ce contenu.
5. Il faut aussi retoucher le Code de procédure à l'égard des reproches et dans l'organisation de l'enquête.
6. Cette réforme est nécessaire : elle tardera peut-être à venir, mais elle finira par aboutir.

Jusqu'ici, tout nous prouve que le système de la liberté des preuves est préférable. Cependant, avant de conclure, il faut nous demander si les anciens reproches formulés contre la preuve testimoniale sont encore mérités.

Nous devons en effet remarquer que son fonctionnement pratique, présente de grands inconvénients. Lorsqu'elle est bien ordonnée, entourée de toutes les garanties désirables, elle est susceptible de produire d'excellents résultats. Mais précisément parce qu'elle peut nous rapprocher davantage de la vérité en nous donnant l'impression vive, elle est d'une application plus difficile.

D'abord la preuve par témoins n'étant pas un mode

fixe et rigide comme la preuve écrite, n'est pas aussi simple à organiser et à apprécier : il faut que le témoin soit capable de faire sa déposition d'une manière éclairée, car il y a tant de façons de faire le récit d'une même chose. A son tour le juge n'est pas aussi facilement fixé par un témoignage que par un écrit ; il doit s'aider d'un esprit perspicace, d'un sens psychologique affiné. Il faut donc chez l'un et chez l'autre, une intelligence développée.

D'un autre côté, nous avons encore présent à la mémoire ce reproche immémorial adressé à la preuve par témoins, et qui semble avoir été le cauchemar du législateur de 1804 : la corruption possible, et la subornation si fort redoutées. Nous devons nous demander si nous méritons encore ce blâme d'immoralité.

Il faut donc savoir, en résumé, si une plus grande culture de l'intelligence, et une plus grande moralité nous permettent d'assurer à la preuve testimoniale une supériorité définitive (1). Son admission ne se pose pas alors comme un retour au passé, comme un regrès de la civilisation, mais comme un progrès juridique, basé sur un perfectionnement moral.

1° Sur le premier point il n'y a aucune hésitation possible, et nous n'insisterons pas beaucoup ; les progrès de l'instruction ont amené une culture générale des esprits plus élevée : nous ne parlons pas seulement

(1) « La crédibilité d'un témoin dépend essentiellement de ces deux qualités : sa sagacité et sa véracité. Par la première de ces deux qualités, on s'assure qu'il ne s'est point trompé dans ce qu'il rapporte. Par la seconde qu'il n'a point voulu nous tromper. » Boulier. L'âme des Bêtes, t. I. Du concours des témoignages, page 30.

du niveau supérieur auquel est arrivé le développement des sciences ; ce qui nous intéresse davantage ici c'est la diffusion des lumières répandues à travers toutes les classes de la société, le fait que, même dans des milieux occupés surtout à une vie matérielle, les occupations intellectuelles tiennent une place nouvelle et plus grande. La création de cours publics et de conférences publiques empêche les ouvriers et tous les gens du peuple de demeurer dans une complète oisiveté intellectuelle.

La conclusion qui nous importe est qu'on pourra attendre des témoins une déposition plus éclairée. Cela est si vrai qu'on est parfois étonné de trouver chez des gens non instruits une facilité et une exactitude d'expressions que l'on ne pensait pas trouver en eux. On pourrait encore citer d'autres faits, comme la disparition du patois dans les générations nouvelles qui sont le signe d'un soin intellectuel manifeste.

2° Mais c'est surtout là question de la moralité qui est capitale dans la preuve testimoniale. C'est à elle que se rattachent les plus sévères critiques et les textes restrictifs de notre droit. Il faut donc rechercher si notre époque a su, à côté du progrès intellectuel, réaliser un progrès moral.

Un tel travail est bien grave pour notre jeune expérience qui est loin de posséder cette investigation multiple et pénétrante de psychologue qui lui serait indispensable. Cependant, nous ne pouvons pas laisser de côté un problème qui entre d'une façon si nécessaire dans le cadre de notre sujet : il doit donc nous être permis de donner notre avis.

Nous ne croyons pas en premier lieu qu'il faille adopter une des deux thèses opposées qui ne paraissent se soutenir que comme des réactions qui se provoquent réciproquement.

Nous commençons par repousser celle des moralistes, un peu aigris sans doute, qui déplorent sans cesse les méfaits de la civilisation. Il y a au fond de nous un sentiment qui proteste contre cette manière de voir : la merveilleuse organisation de notre vie en société ne peut être un regrès sur les périodes antérieures.

Par ailleurs, il ne faut pas davantage, par un engouement irraisonné, célébrer sans restrictions les bienfaits des âges nouveaux, s'étendre complaisamment sur le magnifique essor de l'esprit humain. Tout progrès a des dangers et des séductions attrayantes dont il faut se garder ; ne l'oublions pas. Nous repoussons donc les dithyrambes élogieux que, surtout en certaines occasions, bien des gens entonnent sur l'époque actuelle.

La vérité, comme toujours, paraît être dans un juste milieu : il y a des critiques à formuler, mais tout n'est pas mauvais dans notre monde.

Des auteurs sérieux et réfléchis signalent de mauvais symptômes (1). Il semble bien que nous traversions une crise morale (2) assez aigüe. La préoccupation de notre état moral est un des traits de notre temps : la littérature contemporaine en est une preuve certaine.

(1) Voir par exemple dans les plus récents : Dr Ch. Fiessinger : Erreurs sociales et maladies morales.

(2) Paul Bureau. La crise morale des temps nouveaux.

On peut croire que l'excès d'activité des temps modernes engendre une nervosité maladive qui semble constituer une cause d'affaissement. Les peuples sont comme les hommes : après une vie occupée, ils s'éteignent dans une époque de décadence (1).

Mais ces plaintes douloureuses ne doivent pas, bien que fondées, nous enlever bon espoir. Tout en respectant les reproches que nous méritons, et que nous devons accepter franchement pour nous corriger de nos défauts, nous devons croire à un progrès accompli.

Le droit d'autrui est plus respecté aujourd'hui qu'il ne l'était jadis. La science juridique cherche à faire disparaître les inégalités et à relever les injustices de la nature. On veut mettre les hommes à l'abri des brutalités du sort. L'égalité n'est nulle part dans la nature, mais l'homme, entreprenant une œuvre de géant, se préoccupe quand même de la réaliser dans sa société.

L'attestation du progrès résulte avec éclat du bilan de notre société que nous n'avons pas à faire ici. « Il y a eu progrès moral de deux manières : progrès dans la conduite, car le devoir a été de mieux en mieux entendu, et un plus grand nombre d'actes sont aujourd'hui conformes à l'ordre que prescrit la raison ; progrès dans les consciences, car un plus grand nombre de volontés se préoccupent de l'ordre et de la règle, se soucient d'agir par devoir..... Les actes qu'on se permet communément sont aujourd'hui moins funestes que par le passé et moins grossiers. Les personnes

(1) Gustave Le Bon. Les lois psychologiques de l'évolution des peuples.

sont plus généralement respectées ; les usages sanglants sont moins nombreux, etc..... Le niveau moyen de la moralité s'est donc élevé » (1).

Nous pouvons donc sans crainte avoir belle espérance d'une réforme législative qui donnerait une plus large place à la preuve par témoins : ceux-ci, plus instruits et plus moraux, peuvent offrir au juge un plus sûr instrument. Summer-Maine ne dit pas autre chose à propos de l'Inde, lorsqu'il étudie la preuve de ce pays : « Ce n'est pas un lieu commun pour se rasséréner, mais un fait établi par quantités d'observations, qu'avec l'éducation se répand l'habitude de la franchise » (2).

Cependant le législateur français ne semble pas disposé à accueillir cette manière de voir. Dans l'année 1895, M. Talou fit à la Chambre des députés, une proposition tendant à réformer le système des preuves du Code civil. Il se plaçait à un double point de vue. Il proposait : 1° d'élever à 300 francs le taux d'admission de la preuve testimoniale ; 2° d'admettre cette preuve « contre et outre le contenu aux actes et sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes ». Il fit une restriction devant la réforme judiciaire : la preuve contre et outre le contenu aux actes ne serait admise que pour les actes sous-seing privé (3).

(1) Marion. La Solidarité, morale, pages 330 et 331. Voir aussi : J. Lubbock Le bonheur de vivre, deuxième partie, ch. XIII, Le Progrès, p. 212. — J. Bourdeau Socialistes et Sociologues : Conclusions : théories du progrès, p. 187. — Benjamin Kidd : L'évolution sociale, p. 53. — Elisée Reclus : L'Homme et la Terre, t. VI, dernier chapitre.

(2) Summer Maine. Histoire du droit.

(3) J. Off. 1896, ch. annexes, n° 1740, p. 11.

Le rapport de la commission a été défavorable à la proposition Talou. Celui-ci voulait modeler l'admission de la preuve par témoins, sur la compétence des juges de paix. On lui a répliqué, qu'il n'est nulle part inscrit dans nos lois que l'admissibilité de la preuve testimoniale dépende des règles de la compétence.

Dans le fond, la critique s'est bornée à reprendre les motifs du Code civil : « Diminuer le nombre des procès, empêcher la complication des procédures, telle était la préoccupation dominante à la fin du XVI^e siècle. Ne l'est-elle pas encore aujourd'hui. Et aujourd'hui, la preuve testimoniale échapperait-elle aux chances de corruption, d'erreur ou de mortalité, qui de tout temps en ont rendu l'emploi dangereux ou précaire » (1).

On ajoute que l'usage de l'écriture est devenu plus familier, ce qui rend la preuve écrite moins difficile à se procurer.

Cette argumentation n'est pas nouvelle : nous la connaissons depuis longtemps. Mais la commission n'a rien dit de tous les arguments auxquels s'est rendue la jurisprudence, que nous avons signalés dans le chapitre 2 de notre deuxième partie, et qui se résument dans une nouvelle conception de la vie qui ne peut s'accommoder de l'ancienne réglementation. Des besoins nouveaux, sur lesquels nous ne revenons pas, exigent une plus grande liberté dans la production de la preuve.

Nous pouvons donc reprendre l'idée de M. Talou,

(1) Eodem.

en l'élargissant toutefois, car sa proposition nous paraît trop timide. Ce qu'il faut ce n'est pas élever à 300 ou 600 francs, le taux d'admission de la preuve testimoniale, mais une réforme dans le principe. Il faut choisir entre la preuve légale et la liberté des preuves, or, notre choix est déjà fait : il ne nous reste qu'à résumer nos idées dans quelques lignes d'une façon pratique.

C'est l'admissibilité illimitée de la preuve par témoins que nous voudrions voir adopter par le législateur. On va certainement trouver la proposition trop hardie. Mais remarquons que au fond, cela changerait fort peu la situation actuelle, car lorsqu'il s'agira d'une somme importante, les parties auront rédigé un écrit : les mœurs plus que la loi les poussent à prendre cette précaution. C'est donc seulement lorsque, pour une cause quelconque, l'écrit fera défaut, que les témoins seront appelés. Et qui donc peut raisonnablement exiger qu'il n'en soit pas ainsi? Ne vaut-il pas mieux, en effet, autoriser une preuve imparfaite, comme la preuve par témoins, plutôt qu'aboutir à une impossibilité de preuve. Le bon sens le plus élémentaire l'exige ; on est choqué de la rigueur barbare de la loi qui empêche le juge d'entendre des témoins quand ils sont le seul moyen d'établir une prétention juste.

Bien entendu, il y aurait toujours certains contrats qui, à raison de l'importance particulière qu'ils revêtent, devraient être rédigés par écrit. C'est d'ailleurs ce qui se passe au commercial.

M. Raoul de la Grasserie propose un système diffé-

rent selon que l'on se trouverait au-dessous ou au-dessus d'une limite quantitative qu'il fixe à 1.000 francs (1). Dans les deux cas, la preuve testimoniale serait reçue : mais au-dessus du chiffre fixé, il faudrait réunir deux témoins non suspects, ou bien posséder un commencement de preuve par écrit qui rendrait possible la preuve par un seul témoin.

Nous avons dit en traitant la procédure pourquoi il ne nous paraissait pas nécessaire d'exiger deux témoignages. En ce qui concerne le commencement de preuve par écrit, nous ne serions pas hostiles à l'idée de M. de la Grasserie : tout en préférant l'admission illimitée de la preuve par témoins, nous consentirions volontiers à ce qu'au-dessus d'une limite fixée à 1.000 francs par exemple, on exige un commencement de preuve. La restriction ne serait pas trop forte, car nous savons avec quelle facilité les tribunaux la comprennent.

Il y a un autre côté de la question : pourrait-on prouver contre le contenu en un acte? Ici, notre réponse est négative : il y a un écrit, une preuve très sûre : il n'est besoin d'aucune autre : notre but est de parer à l'inconvénient actuel de la loi qui aboutit à une impossibilité de preuve. Par conséquent, lorsque les parties ont déjà en main un instrument très certain, cela suffit. Admettre le contraire ce serait ouvrir la porte aux procès téméraires et vexatoires.

Nous admettrions au contraire de prouver outre le contenu aux écrits, du moins pour les modifications intervenues quelque temps après, car la valeur de

(1) Rev. critique 1905, *loc. cit.*, p. 554 et s.

l'acte ne serait pas infirmée : il s'agit de prouver un accord nouveau intervenu entre les parties, duquel il n'y a aucune preuve. Nous nous inspirons donc toujours de la même pensée : parer à une impossibilité de preuve.

Cette réforme devrait être complétée par une révision du Code de procédure. Là encore il faudrait laisser de côté tout esprit restrictif : pour le témoin il y a deux choses indispensables : diminuer la trop longue liste des reproches, et la compléter en y ajoutant comme première cause, l'intérêt au procès. Sans doute toutes les personnes n'offrent pas le même degré de crédibilité : il en est qui peuvent être justement soupçonnées. Mais il suffirait que le juge soit mis en garde, qu'on lui fasse connaître les causes de suspicion.

Il faudrait aussi opérer une seconde retouche non moins importante sur la procédure des reproches : ici tout le monde est d'accord pour souhaiter la disparition de ce procédé néfaste qui permet à un membre du tribunal de connaître une déposition qu'il ne devrait pas avoir entendue lorsqu'il rend sa sentence.

Enfin l'enquête devrait être débarrassée de ces mesquines réglementations, sur les délais et les nullités spécialement, qui manifestent trop l'hostilité de la loi contre la preuve par témoins. Mais le point capital c'est de rendre l'enquête publique, de la faire devant le tribunal tout entier, c'est-à-dire de généraliser l'idée de la procédure sommaire. Il n'en résulterait aucun allongement, et la vérité y gagnerait beaucoup.

Telles sont les modifications à notre législation positive qui nous paraissent nécessaires. Elles s'ins-

pirent toutes de la même idée : la supériorité de l'intime conviction sur la preuve légale. Leur triomphe ne serait donc rien moins que l'orientation du droit dans une voie nouvelle en ce qui concerne la preuve. Plus généralement encore, ce serait une pénétration plus grande de la liberté dans le droit.

Il nous est impossible de dire si ces désirs que nous avons formulés comme des nécessités de la pratique trouveront bientôt place dans une loi. Sans doute il y a de nombreux esprits qui vont à l'avant, poser les jalons d'un droit nouveau : l'influence du droit commercial sur le droit civil, les changements subis par celui-ci, l'action immense de la jurisprudence, etc..... toutes notions dont nous avons parlé sont maintenant des vérités connues et répandues par ces juristes habiles à discerner les transformations du droit.

Mais l'action législative, dont on n'a cependant pas à se plaindre en certaines matières, ne semble pas prête à accueillir une nouvelle conception sur la preuve Nous venons de voir comment, à une date récente, avait été rejetée la proposition Talou. On invoque la tradition : la preuve écrite est entrée dans les mœurs françaises et il ne paraît pas possible de lui enlever le piédestal sur lequel on l'a élevée.

Nous sommes loin de mépriser la tradition : nous croyons qu'on ne peut rien sans elle, que le meilleur progrès consiste à la continuer sagement. Mais il ne faut pas que, sous le couvert de la tradition, on abrite une routine juridique dont il devient ensuite difficile de se dégager. La vérité, c'est que, dans le droit comme partout ailleurs, il se forme peu à peu des idées aux-

quelles on s'habitue de plus en plus, si bien même que, à un moment où elles ne correspondent plus aux nécessités présentes, on croit, de très bonne foi, n'avoir pas à les abandonner. Il y a des préjugés juridiques, comme il y a des préjugés politiques ou religieux. Ici nous trouvons le préjugé de la preuve écrite.

Toutefois si la réforme est lente à venir, nous croyons sincèrement qu'elle ne manquera pas d'arriver: le temps, la bonne volonté et la science de juristes compétents, l'action de la jurisprudence et toutes autres causes, dont certaines nous sont connues, sont des facteurs puissants, et lorsque tous s'unissent pour courir vers un même but, on peut espérer qu'ils l'atteindront. L'histoire démontre que lorsqu'une réforme est nécessaire, certains obstacles peuvent la retarder momentanément, mais non l'empêcher d'arriver.

Vu : *Le Président de la thèse.*
Montpellier, le 1er Mai 1909.
J. CHARMONT.

Vu : *Le Doyen de la Faculté.*
Montpellier, le 3 mai 1909.
VIGIÉ.

Vu et permis d'imprimer :
Montpellier, le 4 mai 1909.
Le Recteur,
A. BENOIST.

BIBLIOGRAPHIE

PHILOSOPHIE

Bain. — Logique déductive et inductive.

Bentham-Jérémie. — Œuvres, 3e éd.

Boirac. — Cours élémentaire de philosophie.

Boullier. — Essai philosophique sur l'âme des bêtes, 2e éd., à laquelle on a joint un traité sur les principes qui servent de fondement à la certitude morale.

Filangieri. — La science de la législation, t. I. Trad. de l'italien.

Garnier (Victor). — Traité des facultés de l'âme, 3e vol.

Javary (A.). — De la certitude.

Lachelier. — Du fondement de l'induction.

Laplace (Pierre-Simon de). — Essai philosophique sur les probabilités.

Michelet. — Origines du droit.

Mill (Stuart). — Système de logique, 2e vol.

Montesquieu. — De l'esprit des lois.

Rabier. — Leçons de philosophie, t. II. Logique.

Reid. — Recherches sur l'entendement humain, d'après les principes du sens commun. Trad. de l'Anglais.

Tarde. — Transformations du droit.

PREMIÈRES LÉGISLATIONS

Beauchet. — Histoire du droit privé de la république Athénienne.

Bon (Gustave Le). — Les premières civilisations.

Dareste. — Etudes d'histoire du droit.

— Nouvelles études d'histoire du droit.

— La science du droit en Grèce.

Gentil (Le). — Essai historique sur les preuves.
Goguet. — Origine des lois.
Henry. — L'Egypte pharaonique.
Révillout (E.). — Les obligations en droit Egyptien comparé aux autres droits de l'antiquité.
— Précis de droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité.

DROIT ROMAIN

Accarias. — Précis de droit romain.
Berlaud (H.). — Des divers modes de preuve (en droit romain). Poitiers, 1883.
Bernard. — La preuve testimoniale et la preuve littérale (en droit romain), 1886.
Bouquet. — De la preuve littérale (en droit romain). Dijon, 1884.
Chausse. — Cours de droit romain général.
— Cours de doctorat, 1906-07. La peine privée.
Cuq. — Les institutions juridiques des Romains.
Declareuil. — Cours de droit romain.
— La justice dans les coutumes primitives. Nouv. Revue historique de droit, 1889.
Derome. — De l'autorité de la preuve littérale et de la preuve testimoniale en droit romain. (Revue de législation 1849, t. I.)
Ferrero (G.). — Grandeur et décadence de Rome. 6 volumes parus.
Flogny. — La preuve littérale (en droit romain). Paris, 1885.
Fustel de Coulanges. — La cité antique.
Girard. — Textes de droit romain.
Jhering. — L'esprit du droit romain.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Beaumanoir. — Les coutumes de Beauvoisis.
Boutillier (Jean). — Somme rural revu et corrigé par Le Charondas le Caron.

Bornier. — Conférences des ordonnances de Louis XIV.

Brissaud. — Histoire générale du droit français, public et privé.

Charondas (Le Caron). — Responses et décisions du droit français.

Danty. — Traité de la preuve par témoins.

Declareuil. — Les preuves judiciaires dans le droit franc du Ve au VIIIe siècle.

Esmein. — Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français.

— Mélanges d'histoire du droit et de critique.

Etablissements de Saint-Louis, par Paul Viollet (Société de l'histoire de France, publication nº 66).

Fournier. — Les officialités au moyen âge.

Giraud. — Essai sur l'histoire du droit français.

Giry. — Manuel de diplomatique.

Glasson. — Histoire du droit et des institutions de la France.

Isambert. — La loi salique et la loi ripuaire.

Klimrath. — Travaux sur l'histoire du droit français.

Loysel. — Institutes coutumières avec les notes d'Eusèbe de Laurière.

Luchaire. — Histoire des institutions monarchiques de la France sous les premiers Capétiens.

Pardessus. — La loi salique.

Sohm. — Etudes sur les institutions germaniques. Bibliothèque de l'Ecole des Hautes Etudes.

Stouff. — La formation des contrats dans les formules du Ve au XIIe siècle. Nouv. Revue historique de droit, 1887.

Summer-Maine. —Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive.

Tardif. — La procédure civile et commerciale aux XIIIe et XIVe siècles.

Viollet (Paul). — Histoire du droit civil français.

DROIT FRANÇAIS

Aubry et Rau. — Cours de droit français d'après la méthode de Zachariæ, 5e éd.

Bauby (Emile). — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile des notaires.

Baudry-Lacantinerie et Barde. — Droit civil : Les obligations.

Bellissen. — De l'admission de la preuve testimoniale d'après les articles 1341 à 1348 du Code civil. Marseille, 1901.

Bon (Gustave Le).— Les lois psychologiques de l'évolution des peuples.

— La psychologie des foules.

— La valeur du témoignage en justice et en histoire. L'opinion, 1908, nº 2.

Boncenne. — Théorie de la procédure civile, 2e éd.

Bonfils. — Traité élémentaire de procédure.

Bonnier. — Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel.

Bouglé. — L'esprit nouveau de la science du droit (Revue bleue, 1906).

Bremond. — Jurisprudence administrative. Examen doctrinal. Authenticité des actes passés en la forme administrative (Revue critique, 1898).

Bureau (Paul). — La crise morale des temps nouveaux.

Charmont. — Examen doctrinal (Revue critique, 1908).

Cruet (Jean). — La vie du droit et l'impuissance des lois.

Demolombe. — Cours de Code Napoléon.

Derome. — Considérations sur les développements historiques de la preuve littérale (Rev. de législation, 1850, t. I).

Fenet.— Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil.

Fontana. — Des tendances actuelles à modifier la condition du débiteur, Montpellier, 1908.

Fiessinger (Dr). — Erreurs sociales et maladies morales.

Garsonnet. — Traité théorique et pratique de procédure.

Gauffre. — Essai sur une tendance actuelle à l'unification du droit civil et du droit commercial. Montpellier, 1898.

Grasserie (Raoul de La).— La preuve testimoniale en droit comparé (Revue critique, 1905).

— Les principes sociologiques du droit civil.

Huc.— Commentaire théorique et pratique du Code civil.

Huvelin (P.). — L'histoire du droit commercial.

Kidd (Benjamin). — L'évolution sociale.

Laferrière. — Histoire du droit français.

Laurent. — Les principes du droit civil français, 3e éd.

Laurent (Ch.). — De la fusion du droit civil et du droit commercial, Paris, 1903.

Livre du centenaire. — Lyon-Caen. De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804. — De Loynes. Le Code civil et le crédit.

Locré (Baron). — La législation civile commerciale et criminelle en France.

Marion. — La solidarité morale.

Massé. — Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil, 3e éd.

Paulhan. — La morale de l'ironie.

Reclus (Elisée). — L'homme et la terre.

Thaller. — De la place du commerce dans l'histoire générale et du droit commercial dans l'ensemble des sciences (Annales de droit commercial, 1892).

Thézard. — De l'influence des relations commerciales sur le développement du droit privé (Revue critique, 1873-74)

Toullier et Duvergier. — Le droit civil français suivant l'ordre du Code.

Tourtoullon (Pierre de). — Les principes philosophiques de l'histoire du droit.

DROIT COMPARÉ

Beltjens.— Encyclopédie du droit civil belge. Ire partie Code civil (Préface par Ed. Picard).

Glasson. — Histoire du droit et des institutions politiques civiles et judiciaires de l'Angleterre, comparées au droit et aux institutions de la France, 6 vol.

Glasson, Lederlé et Dareste. — Code de procédure civile pour l'empire allemand, traduction.

Laneyrie (G.) et Dubois (J.). — Traduction du Code civil portugais. Collection des principaux Codes étrangers.

Lehr. — Eléments de droit civil espagnol, Paris.
— Eléments de droit civil anglais.
Lepelletier (Fernand). — Le Code civil portugais.
Levé. — Code civil espagnol.
Prudhomme (H.). — Code civil italien.
Rossel. — Manuel du droit civil de la Suisse romande.
Sélim. — Aperçu de la loi anglaise au point de vue pratique et commercial, 2e éd.
Thiry (Victor). — Cours de Code civil professé à l'Université de Liège, 1892-1893.
Tripels. — Codes néerlandais.

Nota. — Cette bibliographie ne comprend pas les manuels classiques de droit, ni les recueils de jurisprudence.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 7

PREMIÈRE PARTIE. — Historique de la preuve.... 31

Chapitre premier. — *La preuve dans les premières législations de l'Orient et de la Grèce*..... 33

I. — Egypte..... 34
II. — Chaldée-Assyrie..... 42
III. — Phénicie..... 44
IV. — Grèce..... 47

Chap. II. — *La preuve en droit romain*..... 52

I. — Caractère de la preuve dans le très ancien droit romain..... 52
II. — La preuve à l'époque classique..... 60
III. — Le bas-empire..... 84

Chap. III. — *La preuve dans l'ancien droit français*. .. 85

I. — Epoque barbare..... 85
II. — Epoque féodale..... 93
III. — Période des ordonnances..... 100

DEUXIÈME PARTIE. — La preuve testimoniale dans notre droit actuel..... 107

Chapitre premier. — *De la place et de l'importance de la preuve par témoins dans le Code civil*..... 109

I. — Idée générale sur notre système de preuves. 109
II. — La preuve préconstituée..... 112
III. — La preuve in futurum..... 117
IV. — La preuve actuelle..... 119

Chap. II. — *Mobiles qui ont poussé la jurisprudence à élargir notre système de preuves*..... 137

Chap. III. — *Du commencement de preuve par écrit dans la jurisprudence*..... 160

Chap. IV. — *Le commencement de preuve par écrit dans l'action en recherche de maternité*..... 189

Chap. V. — *De l'impossibilité de se procurer un écrit*... 211

Chap. VI. — *De la distinction des faits juridiques et des faits purs et simples*..... 232

I. — Le mandat..... 235
II. — La fourniture d'aliments..... 243
III. — Les travaux de construction..... 247
IV. — La possession..... 252

Chap. VII. — *Procédure de la preuve testimoniale*.... 257

I. — Admission du témoin..... 260
II. — L'enquête..... 268

TROISIÈME PARTIE. — Droit comparé..... 277

Chapitre premier. — *Nations de race latine*..... 281

I. — L'Italie..... 281
II. — L'Espagne..... 283
III. — Le Portugal..... 286
IV. — La Belgique..... 287
V. — La Hollande..... 288
VI. — Le Congo..... 288

Chap. II. — *Nations d'origine germanique*..... 289

I. — Droit anglais..... 289
II. — L'Allemagne..... 293
III. — L'Autriche..... 295
IV. — La Suisse..... 296

CONCLUSION 299

BIBLIOGRAPHIE 311

MONTPELLIER. — IMPRIMERIE GÉNÉRALE DU MIDI.